

# RE-IMAGINANDO EL DERECHO: VISIONES DESDE LA ANTROPOLOGÍA Y OTRAS CIENCIAS SOCIALES (1950-2000)

PATRICIA URTEAGA CROVETTO\*

Licenciatura en la Facultad de Derecho de la PUCP  
Master en Antropología en la Universidad de California, Berkeley  
Candidata a Doctora en Antropología en la Universidad de California, Berkeley

*«No sería un exceso decir que [el Derecho] crea el mundo social, pero sólo si recordamos que es el mundo el que antes crea el Derecho»*  
Bourdieu

*«El Derecho no era neutral como imaginábamos»*  
Laura Nader

**Sumario:** 1. Introducción 2. El comienzo: las ansiedades antropológicas por las definiciones 2.1 Acerca de las definiciones de Derecho 2.2 Derecho y costumbre 2.3 Derecho consuetudinario 2.4 El Derecho como control social 2.5 ¿Qué hay detrás de la idea de Derecho como coerción? 2.6 Localizando el Derecho en la sociedad y la cultura 2.7 Contribuciones etnográficas: el desarrollo de modelos procesales 2.8 Pronosticando la antropología post-interpretativa: el debate Gluckman-Bohannan sobre la representación 3. Los años setenta: el Derecho en la teoría social y legal 3.1 El Derecho según Bourdieu 3.1.1 ¿Qué es el *habitus*? 3.1.2 El Derecho en las sociedades modernas 3.1.3 ¿Cómo se forma el Derecho? 3.1.4 ¿Qué es el Derecho para Bourdieu? 3.1.5 Bourdieu y el Derecho consuetudinario 3.2 El Derecho según Michel Foucault 3.2.1 Foucault y el postmodernismo 3.2.2 Derecho y poder: conocimiento y coerción 3.2.3 Funciones del Derecho. La prisión 3.2.4 Instituciones legales y cambio social 3.3 El Derecho según Gramsci 3.3.1 Ideología, cultura y hegemonía 3.3.2 El Estado y el Derecho 3.3.3 ¿Es el Derecho exclusivamente estatal? 3.3.4 Los estudios crítico-legales. Discursos legales, ideología legal, justicia popular, justicia informal 3.3.5 Resolución alternativa de conflictos 4. El pluralismo legal durante los años ochenta 5. El Derecho como variable dependiente. Prácticas culturales que modelan el Derecho 6. Más allá del Pluralismo Legal: Poder, Colonialismo, Posmodernidad y Simbolismo 6.1 Colonialismo y Derecho 6.2 Derecho Posmoderno 6.3 Simbolismo y Derecho 7. Conclusión 8. Bibliografía.

## 1. Introducción

El interés humano por regular el mundo ha sido un tema fascinante para las ciencias sociales, especialmente para la Antropología. Desde los inicios de esta disciplina los antropólogos se ocuparon de estudiarlo centrando su atención en el Derecho. Con el tiempo, las teorías antropológicas sobre el Derecho han ido desarrollándose y adaptándose a los retos impuestos por la realidad. En este artículo pretendemos mostrar el desarrollo de la literatura antropológica sobre el Derecho en un período de medio siglo.

Exploramos principalmente la literatura desarrollada en Norteamérica, sin descartar los aportes de sociólogos y filósofos europeos al

tema. Este esfuerzo cobra sentido en la medida que apunta a cubrir la brecha entre la Antropología desarrollada en Latinoamérica y Norteamérica. Se trata, fundamentalmente, de iniciar un diálogo fructífero en el continente con la difusión de las teorías antropológicas del Derecho surgidas en los Estados Unidos. Esperamos que este primer paso

---

Durante mi estadía en Berkeley, recibí el apoyo de muchas personas e instituciones. Mi más sincero agradecimiento a la Fundación Interamericana; a Wenner-Gren Foundation for Anthropological Research; al Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de California, Berkeley; al Departamento de Antropología de la Universidad de California, Berkeley; y a la Universidad de California, Berkeley.

Mi asesora y profesora, Dra. Laura Nader, me apoyó espiritual y académicamente y con increíble paciencia y fe en mí, fue afinando mi conocimiento de la Antropología General y especialmente, de la Antropología del Derecho. Espero honrar sus expectativas.

Armando Guevara Gil me acompañó durante este tiempo y compartió conmigo esa pasión por la materia y el aprendizaje. Su infinita comprensión, aliento, compromiso y bondad han sido imprescindibles al transitar este camino. Quiero agradecerle por todo lo compartido y especialmente por someterse al duro oficio de lector con una paciencia bíblica y alcanzarme sus inteligentes comentarios. También agradezco inmensamente a mi familia y amigos, especialmente a Wilfredo Ardito y Raquel Yrigoyen por sus sugerencias. Los errores que pudieran existir son de mi absoluta responsabilidad.

---

\* La inspiración para realizar este trabajo surgió cuando era estudiante en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Mi fascinación inicial por la Antropología del Derecho fue desarrollándose hasta convertirse en una opción académica que me llevó a estudiar un doctorado en Antropología en la Universidad de California, Berkeley. Con ocasión de presentar mis exámenes para optar la candidatura al Doctorado, decidí llevar a cabo una investigación sobre el estado de la cuestión de la Antropología del Derecho. Este artículo es la versión en español de esa investigación.

contribuya a un proyecto más amplio de divulgación de las teorías antropológicas acerca del Derecho generadas en otras latitudes.

La Antropología del Derecho en los Estados Unidos está muy vinculada a la historia de la Antropología General. Después de la Segunda Guerra Mundial, las cuatro sub-disciplinas clásicas de la Antropología norteamericana (Arqueología, Antropología Socio-cultural, Antropología Lingüística y Antropología Física) comienzan a fragmentarse aún más para dar lugar a una variada gama de sub-disciplinas. Esta atomización de la Antropología General estadounidense llamó la atención de antropólogos como Wolf quienes veían en ella una manifestación de la más aguda crisis en la disciplina<sup>1</sup>. La Antropología del Derecho en Norteamérica es un producto de esta crisis.

La caracterización de la Antropología del Derecho como una sub-disciplina de la Antropología no significó, sin embargo, su aislamiento de otras sub-disciplinas. Por el contrario, desde sus orígenes la Antropología del Derecho tuvo una relación interactiva con otras ramas de la Antropología, pero no siendo esto suficiente, también se vinculó a otras disciplinas como el Derecho y los estudios socio-legales. Por ello, este estado de la cuestión intenta no sólo revisar exhaustivamente las teorías antropológicas sobre el Derecho, sino también demostrar la ligazón existente entre algunos temas importantes en el estudio antropológico del Derecho y aquellos que han ocupado la atención de la Antropología General norteamericana.

En la primera parte examinaré la terminología, las definiciones, las funciones del Derecho y la metodología para estudiar los fenómenos legales. Posteriormente, describiré las transformaciones de estos paradigmas que impulsaron el desarrollo de nuevas aproximaciones teóricas al Derecho. En la segunda parte me concentraré en la evolución de las teorías antropológicas y sociológicas sobre el Derecho a partir de los años setenta. Este período es de interés en la medida que la emergencia de las teorías sobre el poder engendradas sobre todo por la teoría social, impulsó el surgimiento de corrientes como el Pluralismo Legal, la Hegemonía Legal y los Estudios Crítico-Legales. De alguna manera, la emergencia de estas perspectivas sobre el Derecho ha contribuido a que esta sub-disciplina se desvanezca como un campo claramente delimitado, sin que por ello se haya agotado el interés antropológico en la operacionalidad del Derecho. Exploraré este hecho en las conclusiones. Las traducciones de los textos en inglés son mías.

## 2. El comienzo: las ansiedades antropológicas por las definiciones

### 2.1 Acerca de las definiciones de Derecho

Desde el siglo XIX hasta mediados del siglo XX, la Antropología General fue prolífica en definiciones sobre el Derecho. La concepción heurística de la Antropología Socio-cultural implicaba el estudio de todos los aspectos de una sociedad, por lo que no es casual encontrar un capítulo sobre Derecho en las más famosas etnografías de aquel período. La Antropología del Derecho nace con la necesidad de definir el Derecho. Esta ansiedad por las definiciones fue compartida por Malinowski, Radcliffe-Brown y Hoebel quienes sustentaron

distintas posiciones teóricas sobre el Derecho. Pero ¿qué pasaba entonces y por qué ha sido abandonada esta preocupación por definir el Derecho? En esta sección responderé estas interrogantes indicando algunas de sus causas.

A mediados de siglo XX, algunos antropólogos clasificaron las definiciones más importantes sobre el Derecho. En un artículo sobre el *derecho primitivo*, Redfield<sup>2</sup> indica: «*el camino de la derecha reconoce que el derecho existe sólo donde hay cortes y códigos apoyados por un estado completamente organizado políticamente [...] el camino de la izquierda [abierto por Malinowski] no identifica el derecho con las cortes y los códigos*»<sup>3</sup>. El camino del medio que Radcliffe-Brown inicia, reconoce la existencia del Derecho en sociedades complejas, pero encuentra gérmenes de Derecho en sociedades más simples. A esta tendencia se adhiere Redfield.

Por su parte, Pospisil traza el desarrollo de las teorías sobre el Derecho en su libro «*La Etnografía del Derecho*»<sup>4</sup>. El autor agrupa las teorías de la Antropología del Derecho en seis categorías: 1) el Derecho es exclusivamente un producto de la civilización, esto es, de sociedades complejas o estratificadas; 2) el Derecho emerge de un tipo de control social vigente en una sociedad políticamente organizada; 3) de acuerdo a las teorías *folk* o costumbristas, el Derecho es control social y se encuentra en casi cualquier sociedad; 4) para otros, el Derecho es un fenómeno y por tal razón ninguna definición es posible; 5) usando una aproximación comparativa y algunos principios de otras sub-disciplinas de la Antropología, otro grupo define al Derecho más vagamente, lo que para Pospisil es confuso e inaceptable; 6) finalmente, también se define el Derecho como «*un conjunto de múltiples atributos*»<sup>5</sup>.

Para Pospisil, como para la mayoría de académicos que le precedieron, la necesidad de definir el Derecho fue la fuerza motora en sus esfuerzos por clasificar diversas tendencias. Esta misma idea llevó a Hoebel<sup>6</sup> a argumentar que «*no puede ser posible que el derecho sea imposible de definir, puesto que una definición es meramente la expresión de los atributos reconocidos de un fenómeno o concepto. Si el derecho estuviera más allá de la definición, sería porque sus atributos son desconocidos o porque el derecho no existe*»<sup>7</sup>.

Pero ¿por qué era tan apremiante definir el Derecho? A principios del siglo XIX, los estándares de la ciencia alimentaron la urgencia colonial por la ecuación *conocimiento = poder*. Ello supuso que en el siglo XIX Gran Bretaña financiara proyectos de investigación antropológica en su afán por contar con datos *científicos* necesarios para la administración colonial. Por otro lado, bajo la suposición de que la realidad era externa y, como tal, podía ser objeto de conocimiento, el Positivismo científico forzó a estos académicos a elaborar conceptos o postulados lógicos con validez universal para explicar

<sup>2</sup> REDFIELD, Robert. *Primitive Law*. En: BOHANNAN, P (Editor): *Law and warfare. Studies in the Anthropology of conflict*. New York: The Natural History Press, 1967, pp. 3-24.

<sup>3</sup> REDFIELD, Robert. Op. Cit., p. 3.

<sup>4</sup> POSPISIL, Leopold. *The Ethnology of Law*. New York: Cumming Pub. Co., 1978 (segunda edición).

<sup>5</sup> POSPISIL, Leopold. Op. Cit., p. 12.

<sup>6</sup> HOEBEL, E. Adamson. *The law of primitive man. A study in comparative legal dynamics*. Cambridge, MA.: Harvard University Press, 1961

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>1</sup> WOLF, Eric. *They divide and subdivide, and call it anthropology*. En: *New York Times*, 30/11/1980.

fenómenos similares en cualquier coordenada geográfica. Este es el caso de Malinowski quien extendió la idea de Derecho de tal manera que se encontrara en la más simple de las sociedades. Sin embargo, su contribución se vió deslucida «con sus muchos intentos por establecer una definición que distinguiera claramente el derecho de la costumbre»<sup>8</sup>.

Mair explica este obsesivo debate sobre definiciones del Derecho como el resultado de una confusión entre *derecho* como una norma sustantiva y el *derecho* como procedimiento. En este último caso, Mair se refiere a la «manera de poner en vigencia normas y ver que las personas obtengan sus derechos.» Según la autora, la elaboración de nuevas normas está localizada más bien en el reino de la política<sup>9</sup>. Para Mair, el Derecho está restringido al proceso dinámico de la aplicación legal. Ella sostiene que «derecho significa el proceso total por el cual normas que son reconocidas como vinculantes son mantenidas e impuestas, incluyendo los motivos y valores que influyen en los jueces y todas las diversas fuerzas que impiden que la mayoría de la gente tenga que acudir a un juez»<sup>10</sup>.

La relación entre el Derecho y la política ciertamente parece haber influido a muchos antropólogos legales<sup>11</sup>, pues precisamente aquellos que hacen hincapié en la inexistencia de Derecho en las denominadas *sociedades primitivas* coinciden en enfatizar su carencia de organización política<sup>12</sup>. Para Radcliffe-Brown por ejemplo, el control social es Derecho cuando es ejercido mediante la sistemática aplicación de la fuerza de una *sociedad políticamente organizada*. Este autor afirma categóricamente que «algunas sociedades no tienen derecho, aunque todas tienen costumbres que son apoyadas por sanciones». Para él, un indicador definitivo de la existencia de Derecho no era la coerción sino el ordenamiento político de una sociedad<sup>13</sup>.

Sin embargo, el vínculo entre el Derecho y la política tal como es establecido por Radcliffe-Brown es problemático. Mair cuestiona la definición del Derecho de Radcliffe-Brown de la siguiente manera: «Los Nuer defienden sus derechos mediante la autoayuda...Radcliffe-Brown no la consideró como una acción legal...Pero las heridas que llevaron a un Nuer a vengarse fueron exactamente las mismas por las que un Tswana buscó solución en la corte de un jefe. Si los Nuer no tienen derecho mientras que los Tswana sí lo tienen, las reglas que indican que uno no debe robar la propiedad de un hombre, ni matarlo, ni escaparse con su esposa, ni negarse a pagarle lo que le debe son leyes para uno pero no para el otro; lo cual es absurdo»<sup>14</sup>.

Para Hoebel definir el Derecho es difícil porque «el derecho es sólo una parte de la telaraña social,» y por lo tanto, «no está clara-

mente separado de otras formas de acción humana»<sup>15</sup>. Malinowski se enfrentó a esta dificultad en su estudio del Derecho en las Islas Trobriand. Por ello, si bien su libro «Crimen y costumbre en la sociedad salvaje» (1926) fue elogiado por conectar al Derecho con otros aspectos de la sociedad, este mismo hecho determinó que el Derecho de Malinowski fuera casi «indistinguible de un estudio de los aspectos obligatorios de todas las relaciones sociales... El derecho no era distinguido del control social en general»<sup>16</sup>. Posteriormente, Malinowski cambiaría su posición originaria, afinando su idea de Derecho en «Un Nuevo Instrumento para la Interpretación del Derecho- Especialmente el Primitivo» (1942). En este texto, Malinowski indica que el término Derecho podría ser aplicado a varias clases de normas, pero «el derecho como el término que usamos en nuestra propia sociedad está referido sólo a normas de comportamiento vigentes»<sup>17</sup>.

## 2.2 Derecho y costumbre

Durante los años sesenta dos ejes parecen guiar la discusión sobre el Derecho: el control social y la costumbre. La idea de que en las *sociedades primitivas* el Derecho es indistinguible de la costumbre sería criticada por Adamson Hoebel, quien enfatizó que el reino de la costumbre es más amplio pues abarca la etiqueta, las actividades sociales y los hábitos sociales<sup>18</sup>. Siguiendo a Weber, el autor señala que el Derecho se distingue por el reconocimiento social del privilegio que tienen algunos individuos para aplicar legítimamente la coerción física<sup>19</sup>. Con precisión, Hoebel señala que bajo el término *costumbre* se oculta un esquema evolucionista de acuerdo con el cual, si las sociedades que no tienen cortes sólo cuentan con *costumbre* en lugar de Derecho, éstas serían sociedades primitivas; y si «la gente que ordinariamente es reconocida como primitiva tiene cortes, entonces ipso facto deja de ser primitiva»<sup>20</sup>.

Este es el caso de Redfield<sup>21</sup> quien presenta un esquema evolucionista según el cual los isleños Andaman del Golfo de Bengala no tienen Derecho, mientras que los pueblos Zuni de Norteamérica tienen poco o nada de Derecho. Con ello se refiere a un tipo de Derecho que se encuentra en «procedimientos y estándares mediante los cuales la costumbre regula conflictos entre grupos de parientes»<sup>22</sup>. La inexistencia de Derecho en sociedades primitivas se debe a la fuerza que tienen las sanciones sobrenaturales para controlar el comportamiento prohibido, lo que hace que el Derecho sea innecesario<sup>23</sup>. En estas sociedades, dicen autores como Redfield, la magia o la religión previenen los hechos delictivos que el Derecho debería controlar.

Para Bohannan el Derecho es distinto de la costumbre pues mientras ésta es un cuerpo de normas que la gente generalmente obedece, el Derecho se caracteriza porque la gente lo recrea en

<sup>8</sup> MAIR, Lucy P. An introduction to Social Anthropology . Oxford: Clarendon Press, 1972 (segunda edición).

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 141.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>11</sup> Véase para una revisión. NADER, Laura. *The anthropological study of law*. En: NADER, Laura (editora) American Anthropologist, Special Issue: The Ethnology of Law. 1965, pp. 3-32.

<sup>12</sup> Véase para una visión crítica. POSPISIL, Leopold. *The attributes of law*. En: BOHANNAN, P (editor). Law and warfare. Studies in the anthropology of conflict. New York: The Natural History Press, 1967, pp. 26.

<sup>13</sup> Véase MAIR , Lucy P. Op. Cit., p.140, nota 1.

<sup>14</sup> MAIR , Lucy P. *Ibid.*, p.143.

<sup>15</sup> HOEBEL, E. Adamson. Op. Cit., p. 18.

<sup>16</sup> MOORE, Sally F. Law as process. An anthropological approach. London: Routledge and Kegan Paul, 1978, p. 220.

<sup>17</sup> WOODMAN, Gordon R. *Some realism about customary law – The West African experience*. En: Wisconsin Law Review, 1969, p. 145, nota 80.

<sup>18</sup> HOEBEL, E. Adamson . Op. Cit.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 276.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>21</sup> REDFIELD, Robert. Op. Cit.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 22.

contextos específicos<sup>24</sup>. El Derecho es también costumbre, pero un tipo de costumbre que ha pasado por un proceso de *reinstitutionalización*, es decir, que ha sido reafirmada dentro del campo de las instituciones legales<sup>25</sup>. Potencialmente entonces, cualquier costumbre podría ser transformada en Derecho si ésta fuera *reinstitutionalizada*<sup>26</sup>.

### 2.3 Derecho consuetudinario

La distinción entre costumbre y Derecho está conceptualmente ligada a la idea de *derecho consuetudinario* o *derecho folk*, en el sentido de que ambas surgieron para explicar y diferenciar el Derecho *civilizado* del Derecho *primitivo*. En efecto, estudios antropológicos e históricos han demostrado que el término Derecho consuetudinario fue un invento colonial para conceptualizar aquello que regulaba la vida de los grupos *primitivos* de forma que sólo éstos tendrían *derecho consuetudinario*, mientras que sociedades más *evolucionadas* se reservaban el *derecho* surgido en Occidente.

Pero el uso del término *derecho consuetudinario* se remonta a la era de las civilizaciones griega y romana, cuando filósofos griegos y legisladores romanos consignaron el término en sus escritos legales con el afán de distinguir el Derecho escrito del no-escrito y también de la costumbre que tenían los pueblos *bárbaros*<sup>27</sup>. Tres características identificaban al Derecho consuetudinario: 1) Se originaba antes de los códigos; es decir, no era escrito; 2) derivaba de la costumbre *folk*, que es un campo donde se encuentran simultáneamente el Derecho, la religión, la moral, etc.; 3) no era autónomo sino que estaba inmerso en la sociedad<sup>28</sup>.

En el siglo XVIII se le asignaría un lugar marginal cuando los procesos de codificación europea determinaron el valor suplementario del Derecho consuetudinario común a las aldeas europeas *menos desarrolladas*. El espacio periférico que el Derecho consuetudinario ocupaba en el razonamiento legal era coherente con la representación de los *nativos* como seres subordinados e inmerecedores de ser regulados por el *derecho ordinario*, razón por la cual el Derecho consuetudinario se ajustaría mejor a sus necesidades. Detrás de estas categorías se escondía un pensamiento binario segregacionista que dividía el mundo en dos piezas asimétricas. Dicotomías como *civilizados/incivilizados*, *derecho/costumbre* o *ley escrita/ley no escrita* permearon la producción de la ciencia durante gran parte de la era colonial y fueron traducidas en políticas a ser aplicadas en las colonias europeas.

Los vínculos entre el Derecho consuetudinario, las políticas coloniales y la ciencia occidental fueron particularmente evidentes en África. La ciencia europea del siglo XIX, especialmente, la Antropología, asumió como premisa que el Derecho consuetudinario era moldeado por la costumbre: «*la costumbre era tratada como la precursora del derecho, su fuente evolutiva. Los derechos consuetudinarios no fueron pensados como impuestos desde arriba, sino más*

*bien como emergiendo de la práctica popular [...] al carecer de evidencia histórica, era más confortable para los observadores pensar que tal derecho era parte de un orden tradicional inmemorial, generalmente inmutable y cercanamente ligado al resto del sistema cultural*»<sup>29</sup>. Los antropólogos creyeron que este Derecho era una *categoría residual*: «*el derecho consuetudinario es aquél que los grupos nativos fueron capaces de preservar como su propia jurisdicción en yuxtaposición al derecho traído por gobernantes foráneos (usualmente europeos)*»<sup>30</sup>.

Mientras que el poder colonial veía al Derecho consuetudinario como un Derecho estático, en la práctica los pueblos africanos colonizados lo usaban con amplia libertad y flexibilidad. En la medida que formaba parte del sistema colonial, este Derecho estaba sujeto a los preceptos del sistema legal dominante y configurado bajo sus estándares de moralidad y justicia<sup>31</sup>. Sin embargo, el choque entre la concepción colonial del Derecho consuetudinario y la realidad en la que operó alteró profundamente este Derecho: «*unido a un orden político constituido de manera muy distinta... y operando en la estructura de una economía diferente, el «derecho consuetudinario» residual era una entidad alterada desde el comienzo*»<sup>32</sup>.

Moore<sup>33</sup> señala que «*la misma idea de «derecho consuetudinario» implica que existe una clase diferente de Derecho con la que éste puede ser contrastado; por lo tanto el concepto mismo es el producto progresivo de encuentros entre entidades políticas locales subordinadas y entidades políticas globales y dominantes*»<sup>34</sup>. En el mismo sentido, Starr y Collier<sup>35</sup> mencionan a Twining cuando éste refiere que el «*derecho consuetudinario*» fue inventado por los abogados británicos y por administradores coloniales para gobernar África<sup>36</sup>. Su carácter eminentemente político queda al descubierto cuando se demuestra que el «*derecho consuetudinario*» fue una ideología colonial diseñada por el estado para maniobrar procesos socio-políticos en las colonias.<sup>37</sup>

### 2.4 El Derecho como control social

En la Antropología Funcionalista, el control social ha sido el parámetro con el cual se ha medido el Derecho. El concepto de control social fue acuñado originalmente por el sociólogo Edward Alsworth Ross a comienzos de este siglo para referirse a los múltiples mecanismos mediante los cuales el individuo es regulado para mantener el orden social. Desde los años setenta en adelante, el control social sería entendido como mecanismos legales y medios informales que

<sup>24</sup> BOHANNAN, Paul. *The differing realms of the law*. En: BOHANNAN, Paul (editor) *Law and warfare. Studies in the anthropology of conflict*. New York: The Natural History Press, 1967, pp. 43-58.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 45,47.

<sup>26</sup> Bohannan señala, sin embargo, que este concepto no es útil para entender el Derecho en tres contextos: sociedades sin estado, sociedades coloniales y la arena legal internacional. (BOHANNAN, Paul. Op. Cit., p. 50).

<sup>27</sup> BERG, Van den G.C.J.J. *The concept of Folk Law in historical context: a brief outline*. En: BECKMANN, Benda y STRIJBOSCH, F. (editores). Holland: Foris Publications, 1986, pp. 67- 89.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> MOORE, Sally F. *Law as process. An anthropological approach*. London: Routledge and Kegan Paul, 1987, p.13

<sup>30</sup> STARR, June. *Law as metaphor. From Islamic Courts to the Palace of Justice*. Albany: State University of New York Press, 1992, p.179.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 152, 317.

<sup>32</sup> MOORE, Sally F. *Social Facts and Fabrications: customary law in Kilimanjaro, 1880-1980*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986, p. 95.

<sup>33</sup> MOORE, Sally F. *History and The redefinition of custom in Kilimanjaro*. En: STARR, J y COLLIER, J. (editoras). *History and power in the study of law. New directions in legal anthropology*. Ithaca & London: Cornell University Press, 1989, pp. 277-301.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 299.

<sup>35</sup> STARR, June y COLLIER, Jane. *Historical studies of legal change*. En: *Current Anthropology* N° 28, 1987, pp. 367-372.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p.368.

<sup>37</sup> SNYDER, Francis. *Colonialism and legal Form: The creation of customary law in Senegal*. En: *Journal of legal pluralism and unofficial law* N° 19, 1981, pp. 49-90.

cumplen la misma función.<sup>38</sup> Para Redfield, el control social consiste en «los efectos de las relaciones convencionales entre miembros de una sociedad para restringir los impulsos de la naturaleza humana y originar modos de conducta establecidos»<sup>39</sup>. Estos impulsos son controlados principalmente mediante sanciones sociales, las que forman parte de la definición del Derecho como control social.<sup>40</sup>

La literatura antropológica que identifica el Derecho con el control social es abundante. Para mencionar sólo algunos autores, la definición de Derecho de Radcliffe Brown citada anteriormente coloca al Derecho en el reino del control social. Hoebel<sup>41</sup> también describe el Derecho como «un aspecto del sistema total de control social mantenido por una sociedad»<sup>42</sup>. Comaroff y Roberts<sup>43</sup> mencionan a Evans-Pritchard quien admitía el uso de la fuerza y de la autoridad como elementos que definen el Derecho<sup>44</sup>. El Derecho como un tipo de control social necesitaba ser distinguido de otros mecanismos más flexibles. Por ello, muchos antropólogos concentraron su atención en la característica más resaltante del Derecho: la coerción.

Laura Nader señala que la ecuación entre Derecho y control social podría extraviarnos y llevarnos a enfatizar «las particularidades especiales del derecho representado por lo que se conoce con este término en sociedades civilizadas»<sup>45</sup>. La autora no niega que el Derecho cumpla funciones de control social, pero afirma también que el Derecho no es sinónimo de control social. La tendencia teórica que ligaba el Derecho al control social tuvo mucha influencia en los antropólogos de la época, quienes tuvieron dificultades al tratar de acomodar sus descubrimientos en el campo a este marco teórico<sup>46</sup>.

Para definir al Derecho, algunos autores tomaban en cuenta categorías como autoridad, regularidad y sanciones<sup>47</sup>.

Sin embargo, al afirmar que la coerción legal se caracterizaba por la legitimidad que tenía un actor social determinado para aplicar determinado poder físico, Hoebel estaba pensando específicamente en términos de la jurisprudencia occidental. En este esquema, la función represora del Derecho era esencial y por ello es que Hoebel acuña su concepto antropomorfo del Derecho: «el derecho tiene dientes, dientes que pueden morder si es necesario»<sup>48</sup>.

Por su parte, a los tres elementos mencionados, Pospisil adicionó la *obligatio* y la intención de aplicación universal<sup>49</sup>. La cruda asociación

entre Derecho y coerción fue cuestionada por Pospisil, quien buscaba un concepto más amplio de Derecho para analizar sus datos interculturales. Esta idea lo lleva a desafiar la teoría de Hoebel sobre la fuerza física para definir una norma legal pues, bajo esta premisa, los casos de los Kapauku de Nueva Guinea que Pospisil había recopilado serían a-legales ya que excluían la coerción física<sup>50</sup>. Leopold Pospisil pretendía desarrollar una noción más flexible de Derecho de tal manera que el concepto pudiera tener validez universal<sup>51</sup>.

## 2.5 ¿Qué hay detrás de la idea de Derecho como coerción?

El enfoque de los antropólogos del Derecho en el control social y particularmente en la coerción, es entendible si observamos dos aspectos. Primero, el énfasis Funcionalista en el Derecho como un mecanismo para garantizar el orden social; y segundo, la influencia de la jurisprudencia occidental en el desarrollo de un método para observar el fenómeno legal. Para la Escuela Funcionalista el Derecho representa uno de los muchos elementos que contribuyen al mantenimiento de la cultura. La cultura, a su vez, era percibida como un sistema estático y atemporal mantenido por diversos tipos de control social, de forma que, siendo el Derecho parte de la cultura, éste compartiría los mismos atributos. El Derecho jugaba sólo un rol instrumental en el mantenimiento de la cultura; un rol coercitivo reflejado en el control de conflictos. Por otro lado, el desarrollo del método de casos por la Escuela Realista del Derecho<sup>52</sup> fundada por el abogado Norteamericano Karl Llewellyn, motivó a muchos antropólogos del Derecho a desarrollar esta aproximación.

Las razones por las cuales los antropólogos de la primera mitad de este siglo concentraron su atención en la fuerza para definir el Derecho son analizadas por Leopold Pospisil en su libro «La antropología del derecho. Una teoría comparativa»<sup>53</sup>. El título del texto resume una de sus principales preocupaciones: encontrar un concepto universal del Derecho para usarlo en estudios comparativos. Con este fin, Pospisil revisa las principales tendencias sobre el Derecho que fueron desarrolladas tempranamente.

El autor critica las posturas que sostienen que la costumbre mantiene el orden social o que restringen la existencia del Derecho a unas cuantas sociedades. A pesar de que Pospisil comparte con otros antropólogos la idea de que el Derecho es un tipo de control social, su crítica se dirige hacia aquellos que consideran sólo uno o dos elementos para definir el Derecho. Clasifica a estos académicos en tres categorías: aquellos que ven el Derecho como normas abstractas; aquellos que conciben el Derecho dentro de patrones de comportamiento real; y finalmente, aquellos que encuentran el Derecho en principios derivados de decisiones legales.

La existencia de sociedades que carecen de códigos escritos o de «hombres sabios» que recuerden las normas cuestionaría la pos-

<sup>38</sup> NADER, Laura. *Cultural Control*. En: Encyclopedia of Cultural Anthropology. New York: Holt and Company, 1996, pp. 265-267.

<sup>39</sup> REDFIELD, Robert. Op. Cit., p. 4.

<sup>40</sup> HOEBEL, E. Adamson. Op. Cit., p. 15.

<sup>41</sup> HOEBEL, E. Adamson. Op. Cit.

<sup>42</sup> HOEBEL, E. Adamson. Op. Cit., p. 15.

<sup>43</sup> COMAROFF, John y ROBERTS Simon. *Rules and Processes. The cultural logic of dispute in the Africa Context*. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1981.

<sup>44</sup> Ibid., p. 6.

<sup>45</sup> NADER, Laura. *The Anthropological Study of Law*. En: American Anthropologist, Special Issue: The Ethnology of Law. Laura Nader, editora, 1965, p. 4.

<sup>46</sup> COMAROFF, John y ROBERTS Simon. Op. Cit.

<sup>47</sup> HOEBEL, Adamsom. Op. Cit., p. 28.

<sup>48</sup> Ibid., p. 26.

<sup>49</sup> POSPISIL, Leopold. *The attributes of law*. En: BOHANNAN, P. (editor). *Law and warfare. Studies in the anthropology of conflict*. New York: The Natural History Press, 1967, p. 27.

<sup>50</sup> Ibid., p. 37.

<sup>51</sup> Posteriormente, Bohannan compartiría esta idea al sostener que así como el elemento de la fuerza, la institucionalización era necesaria para conceptualizar el Derecho (MOORE, Sally F. *Law as process. An anthropological approach*. London: Routledge and Kegan Paul, 1978, p. 222).

<sup>52</sup> Pospisil (1974) menciona que Oliver Wendell Holmes fue el primero que postuló el uso de casos de conflicto para deducir principios legales durante el siglo XIX. La Escuela del Realismo Legal que fuera fundada por Llewellyn fue desarrollada sobre las premisas de Holmes. (POSPISIL, Leopold. *Anthropology of Law. A comparative theory*. New Haven: HRAF, 1974).

<sup>53</sup> POSPISIL, Leopold. Op. Cit.

tura que sostiene que el Derecho es un conjunto de normas abstractas. Es más, según Pospisil, las normas abstractas no son siempre operacionales en términos de control social porque la mayor parte del tiempo estas sociedades tienen lo que él llama «*normas muertas*»<sup>54</sup> o carentes de una función controladora. Por otro lado, Pospisil enfatiza que no todo el comportamiento social constituye Derecho. En efecto, los individuos usualmente actúan de acuerdo a costumbres prohibidas por sus Estados y son castigados, por ello el comportamiento humano no podría ser entendido como Derecho. En referencia a la tercera postura, el autor asegura que el Derecho debería ser deducido de las decisiones judiciales y no al contrario porque las normas del «*deber ser*» difieren siempre de los principios impuestos mediante decisiones judiciales. Antes que un énfasis en las reglas abstractas o en las resoluciones judiciales, Pospisil propone que para definir el Derecho se consideren ambas<sup>55</sup>.

La imposibilidad de acceder al Derecho si consideramos como objetos de estudio indistintamente las normas abstractas o la práctica social o las decisiones de los jueces lleva a Pospisil a postular un método de análisis del Derecho basado en las decisiones de los operadores del Derecho. Al verificar el Derecho en las decisiones judiciales esta aproximación clarifica las ambigüedades de normas abstractas que forman parte de la estructura social<sup>56</sup>.

Evidentemente, Pospisil buscaba una categoría de Derecho que no colisionara con el concepto antropológico de estructura social<sup>57</sup>. En la jurisprudencia occidental Pospisil encontró el método del precedente legal que le permitía verificar normas legales del análisis de las decisiones judiciales<sup>58</sup>. Al usar este método, Pospisil asumió la premisa que estaba subyacente; es decir, que el Derecho era un tipo de control social que sanciona la transgresión de normas de la estructura social. De esta forma, el Derecho se diferenciaba de la estructura social, quedando así zanjada cualquier similitud que pudiera haber existido entre estos dos conceptos.

La tendencia de la Antropología del Derecho a usar el método casuístico tenía, sin embargo, varios años de existencia. Antes de que Pospisil publicara su libro, el estudio del Derecho en las decisiones judiciales había sido reconocido como una de las preocupaciones nodales en la sub-disciplina. En una conferencia de la Fundación Wenner-Gren sobre los Estudios Antropológicos del Derecho, desarrollada en Austria en 1966, Nader indicaba que «*era el sentimiento entre varios participantes que una exploración sobre la conciliación o resolución de conflictos podría llevarnos a algunos descubrimientos en la etnografía del derecho que fueran verificables...no había ningún sentimiento que indicara que éste fuera el tópico central de estudio...era simplemente un lugar para empezar*»<sup>59</sup>.

Tiempo después éste seguía siendo un lugar común para muchos antropólogos. En 1980, la antropóloga Carol Greenhouse distribuyó un cuestionario entre antropólogos legales para descubrir cómo se enseñaba la Antropología del Derecho en las universidades norteamericanas. Cuando preguntó cuál era el objeto de estudio en la enseñanza del Derecho, *conflictos* fue la primera respuesta que recibió. La mayoría de los encuestados dejaba de lado indagaciones sobre la estructura social para concentrarse más en los procedimientos de resolución de conflictos. Para Greenhouse, este hecho es un indicador del valor instrumental que los antropólogos le asignan al Derecho ya que están más interesados en «*los fundamentos culturales del orden*»<sup>60</sup> y en cómo contribuye el Derecho para lograr ese objetivo. La definición del Derecho como una forma de control social requería que fuera distinguida de otras formas de control social y de reglas normativas, lo cual llevaba a «*la mayoría de teóricos [a] concentrarse en procesos reactivos de la sociedad, esto es, en las sanciones que seguían a la desviación de las normas*»<sup>61</sup>.

Por mucho tiempo, la coerción fue el común denominador para observar al Derecho en la sociedad. A pesar de que el método de casos constituye una contribución metodológica para el estudio del Derecho<sup>62</sup>, la concentración exclusiva en el estudio de los casos legales pasaba por alto otros aspectos relevantes del Derecho como normas civiles que podrían ser cumplidas sin ser causa de conflicto<sup>63</sup>. Surgen una serie de preguntas: ¿Se pueden cubrir todas las normas legales de una sociedad mediante el análisis de casos legales? ¿Qué sucede con el amplio rango de funciones que cumple el Derecho y que van más allá de la idea circular del Funcionalismo acerca del Derecho como garante del orden social? Sabemos que el Derecho cumple funciones represivas/reactivas, pero ¿qué se sabe de su rol pro-activo? Finalmente, ¿está el Derecho exclusivamente concernido con la coerción?

A mediados de los años sesenta, Nader cuestionó esta tendencia cuando sugirió desarrollar nuevas avenidas en la Antropología del

<sup>54</sup> Para explicar qué son «*normas muertas*», Pospisil menciona un caso peruano que ocurrió a principios de este siglo, cuando el gobierno estableció legalmente que todas las haciendas tuvieran escuelas para educar a los trabajadores campesinos. Debido a que casi ninguno de los hacendados obedecía esta regulación, Pospisil consideró que ésta era una «*norma muerta*». (Ibid., p. 27). El problema con esta formulación es que Pospisil no reconoce el valor ideológico o político que esta norma tiene en un supuesto «*estado de bienestar*», tampoco considera que la obediencia o desobediencia de la ley —como en este caso— casi siempre refleja las desigualdades sociales. Es más, la falta de castigo por infringir esta norma claramente indica un tratamiento distinto del Estado a distintos sectores sociales que desobedecen la ley. Finalmente, el autor no llega a comprender el potencial político de esta norma, puesto que incluso una «*norma muerta*» podría ser usada instrumentalmente como medio de resistencia en la interacción entre campesinos y hacendados.

<sup>55</sup> Véase también GLUCKMAN, Max. *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*. Manchester, England: Manchester University Press, 1973, pp. 227, 325.

<sup>56</sup> La idea de que las reglas abstractas pertenecen al dominio de la estructura social viene de la noción de *postulados jurales* que Kohler (1914) desarrolló anteriormente. De acuerdo con este autor, estos postulados son valores culturales externos al Derecho a los que la gente atribuye tal importancia como para ser cautelados por el Derecho (POSPISIL, Leopold. *Anthropology of Law. A comparative theory*. New Haven: HRAF, 1974, pp. 265-267).  
<sup>57</sup> Ibid., p.41.

<sup>58</sup> Sin embargo, al considerar que el precedente legal usado en el *derecho Anglo Sajón* podría ser aplicado universalmente, lo que hacía en realidad era atribuirle validez universal a la aproximación casuística británica.

<sup>59</sup> NADER, Laura. *The Anthropology Study of Law*. En: *American Anthropologist*, Special Issue. *The Ethnology of Law*. NADER, Laura, editora, 1965, p. 5.

<sup>60</sup> GREENHOUSE, Carol. *Teaching and unteaching with legal anthropology*. En: *American Behavioral Scientist* ABS N° 25, 1981, p. 29.

<sup>61</sup> BENDA-BECKMANN, Franz von. *Anthropology and comparative law*. En: BENDA-BECKMANN K. y STRIJBOSCH (editores) *Anthropology of law in the Netherlands*. Holland: Foris Publications, 1986, p. 92.

<sup>62</sup> Véase POSPISIL, Leopold. *Anthropology of law. A comparative theory*. New Haven: HRAF, 1974.

<sup>63</sup> POSPISIL, Leopold. *The Ethnology of Law* (segunda edición). New York: Cumming Pub. Co., 1978, p. 73.

Derecho. En su artículo «*El estudio antropológico del derecho*»<sup>64</sup>, la autora propone: «*deberíamos observar tanto las funciones latentes como las funciones manifiestas del derecho. Necesitamos entender cuáles son las funciones del derecho en las que generalmente estamos de acuerdo, tanto como darnos cuenta de sus otras funciones que pueden o no ser reconocidas en la sociedad...un sistema legal refleja muchas facetas de una sociedad; por ello un estudio etnográfico del derecho es más que un estudio de instituciones judiciales*»<sup>65</sup>.

A pesar de esfuerzos como el de Nader, las premisas metodológicas para identificar un fenómeno legal no son totalmente claras ni unánimes en la actualidad<sup>66</sup>. Más que satisfacer estas ansiedades por definir el Derecho, la Antropología del Derecho ha volcado sus intereses en otro tipo de preguntas relacionadas a la localización del Derecho y al *trabajo* que el Derecho *hace* dentro de la sociedad y la cultura.<sup>67</sup>

## 2.6 Localizando el Derecho en la sociedad y la cultura

La relación entre el Derecho, la sociedad y la cultura fue un tema de interés de la Antropología del Derecho durante los años 60 y 70. Hasta aquel momento existía una serie de trabajos de abogados y antropólogos sobre fenómenos legales, pero unos y otros veían al Derecho desde perspectivas opuestas<sup>68</sup>. Esta divergencia era un tema en sí interesante para algunos antropólogos que buscaron entender por qué se producía. Así, estudiando la Antropología Lingüística, Nader encontró que el lenguaje había sido aislado como una variable independiente de la sociedad para propósitos analíticos. Un proceso similar ocurre con los abogados: «de alguna manera el derecho es concebido como un sistema realmente independiente de la sociedad y la cultura; en el caso de académicos legales [...] su «*profesionalismo*» parece estimular tal posición»<sup>69</sup>. Como consecuencia, esta tendencia excluía las dimensiones sociales y culturales del Derecho<sup>70</sup>.

Ciertamente, el Positivismo Legal Clásico sostiene que el Derecho es autónomo respecto a la sociedad y a la cultura. Como resultado, el Derecho es concebido como neutral, libre de valoraciones, «*independiente e inafecto por relaciones sociales y económicas, fuerzas políticas, y fenómenos culturales*»<sup>71</sup>. Es más, esta conceptualización del Derecho cumple una función política oculta puesto que «*ignora la realidad social e histórica y enmascara la existencia del conflicto social y la opresión con mitos ideológicos acerca de la objetividad y la neutralidad*»<sup>72</sup>.

Cuando los antropólogos empezaron a usar el método del precedente legal para identificar el Derecho en la red social, los fenómenos legales fueron encapsulados puesto que sólo se recogieron aquellos que hubieran tenido consecuencias coercitivas. Muchos antropólogos que usaron el método de casos restringiendo su análisis a las decisiones judiciales desconocieron la importancia del contexto global en el que el Derecho surge y se transforma<sup>73</sup>. En una apreciación crítica de la Etnografía del Derecho, Nader concluye que una real Etnografía del Derecho debería incluir «*descripciones que explicarían el derecho como parte de una tela con múltiples hebras*»<sup>74</sup>. Este tipo de cuestionamientos contribuyó al desarrollo de modelos procesales cuya premisa fundamental es que el Derecho es una variable interdependiente de la sociedad y la cultura.

## 2.7 Contribuciones etnográficas: el desarrollo de modelos procesales

El desarrollo de antiguos métodos como el método de casos se debió fundamentalmente a la combinación de diversas tendencias antropológicas. Usado inicialmente por Llewellyn y Hoebel, el método de casos sería desarrollado gracias a la influencia de teorías como la interacción simbólica y la teoría del juego, que destacaban el rol del individuo en el remodelamiento de instituciones sociales y desafiaban la visión de la cultura y el Derecho como entidades estáticas e inmutables. En esta sección revisaré algunas de estas tendencias.

El método de casos fue popularizado por Llewellyn y Hoebel<sup>75</sup>. Para esta pareja, un abogado y un antropólogo, el Derecho no sólo regula y previene sino también *limpia* los desórdenes sociales. Ellos encontraron tres aproximaciones para observar el fenómeno legal: la ideológica, la descriptiva, y la procedimental (procesos de conflictos). Al escoger la tercera aproximación, Llewellyn y Hoebel decidieron recopilar «*casos-problema de memoria*» que habían ocurrido desde 1820 hasta 1880 en el pueblo nativo americano Cheyenne. En este esquema, el conflicto representaba el medio para deducir nuevas normas, conocer la fuerza que tenían las anteriores, e inferir aspectos vitales de la cultura Cheyenne.

Su marco conceptual incluía las nociones de *trabajos del derecho* (law-jobs) o fuerzas organizacionales que mantenían la cohesión grupal de amenazas con efecto centrífugo, y *cosas legales* (law-stuff) o niveles de sistemas de control. Los *trabajos del derecho* y las *cosas legales* operaban mediante el «*TODO*», constituido por deseos divergentes dentro del grupo y por demandas coherentes dentro del orden del *TODO*. Todos estos elementos forman parte de la maquinaria legal Cheyenne. La flexibilidad con la que se resolvían los casos indicaba que el sistema estaba formado por dos elementos: flujo e impulso (drift and drive). El primero era un cambio impersonal, mientras que el segundo era una variación individualizada, personal y consciente. La autoridad y la regularidad completaban el círculo conceptual de Llewellyn y Hoebel.

<sup>64</sup> NADER, Laura. *The Anthropological Study of Law*. En: NADER, Laura (editora) *American Anthropologist*, Special Issue. *The Ethnology of Law*, 1965, pp. 3-32.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>66</sup> BENDA BECKMANN, Franz von. *Op. Cit.*

<sup>67</sup> GREENHOUSE, Carol. *Teaching and unteaching with legal anthropology*. En: *American Behavioral Scientist* ABS, 1981, pp. 21-36.

<sup>68</sup> NADER, Laura. *Law in Culture and Society: introduction*. En: NADER, Laura (editora). *Law in culture and society*. Chicago: Aldine Pub. Co., 1969, pp. 69-91.

<sup>69</sup> NADER, Laura. *The Anthropological Study of Law*. En: NADER, Laura (editora) *American anthropologist*, Special Issue. *The Ethnology of Law*, 1965, p. 8.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> KAIRYS, David. *Introduction*. En: KAIRYS, David (editor). *The politics of law. A progressive critique*. New York: Pantheon Books, 1982, p. 6.

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> LLEWELYN, K. y HOEBEL E. A. *Op. Cit.*

<sup>74</sup> Véase. NADER, Laura. *The Anthropological Study of Law*. En: *American Anthropologist*, Special Issue. *The Ethnology of Law*. NADER, Laura, editora, p.17. Véase también. NADER, Laura. *Law in Culture and Society: introduction*. En: NADER, Laura (editora). *Law in culture and society*. Chicago: Aldine Pub. Co., 1969, pp. 69-91.

<sup>75</sup> LLEWELYN K. y HOEBEL E. A. *Op. Cit.*

A pesar de que ambos obtuvieron una lista de las normas subyacentes en las decisiones legales y diseñaron un estatuto normativo en base a esas normas, este ejercicio se deslució debido a su idea de que la cultura era algo eterno y a su escasa consideración del contexto social e histórico de los Cheyenne. Para ellos, el Derecho estaba estrictamente inmerso en los procesos legales de los Cheyenne, lo cual descartaba los factores externos que contribuyeron a modificarlo.

Estos autores importaron el método de casos del Derecho Anglo-Sajón que se caracterizaba por restringir el análisis a las circunstancias referidas estrictamente a los sucesos juzgados. Así, se discriminaba el contexto y particularidades específicas que no eran relevantes para el Derecho Anglo-Sajón. Por ello, la contribución de la Antropología al desarrollo del método de casos fue fundamental para entender el contexto histórico y coyuntural donde surgía cada caso.

Una de sus principales representantes es Elizabeth Colson. En su libro «*Tradición y contrato. El problema del orden*»<sup>76</sup>, basado en su experiencia longitudinal de campo entre los Plateau y los Gwembe Tonga de Zambia, ella analiza sociedades de pequeña escala y las formas en las que estas sociedades abordan el tema del orden. Específicamente, Colson explora el rol que la tradición y la legalidad tienen para estas sociedades y las motivaciones sociales que informan el funcionamiento del control social.

Colson encontró un sistema dinámico de normas de control entre los Tonga que dependía de circunstancias específicas que afectaban al grupo. La conexión que existía entre las normas y los contextos particulares en los que surgían los conflictos determinaba la evaluación del comportamiento social de los Tonga. Colson explica que en este tipo de sociedades con gobiernos poco formales, existen dos elementos que contribuyen a mantener el orden: los sistemas propios de control y la reciprocidad social. El sistema de control social de los Tonga privilegiaba las venganzas rituales como una manera de solucionar los conflictos, pero ello ocasionaba mucho temor en la población. Por ello, el control colonial que vino después fue visto por los Tonga como una oportunidad para liberarse de ese miedo a las venganzas rituales ya que, si ellos enfrentaban un problema durante la colonia, «*podían ir directamente a la corte*»<sup>77</sup>.

Al analizar las diversas formas de la resolución de conflictos en diferentes escenarios legales, Colson sugirió que el método de casos debería tomar en cuenta estas disparidades. Por ejemplo, la antropóloga señala que las diferencias establecidas por los colonizadores entre los viejos tribunales y las cortes locales gravitan fundamentalmente en la existencia de racionalidades distintas para evaluar la evidencia que se les presentaba. En los viejos tribunales un caso estaba íntimamente ligado a quejas anteriores y representaba sólo «*un episodio en una serie total*». Por otro lado, las cortes locales «*consideran a los individuos responsables por sus propias acciones*»<sup>78</sup>. Ello contribuyó a que los Tonga recibieran con cierto agrado el sistema colonial de cortes locales. No obstante, si bien el sistema colonial pudo haber tenido un significado liberador para los Tonga al eliminar su temor a las venganzas rituales, también se debe evaluar el impacto que la imposición de un sistema externo tuvo en la vida de

este grupo social. Si consideramos que el control social es parte de la cultura de un grupo social, entonces esta intervención colonial alteró no sólo sus formas de resolver conflictos sino también su estructura social y otros aspectos de su sociedad.

Colson estudia las estrategias individuales de los Tonga y sus formas de resistencia frente al gobierno colonial al usar el Derecho. La norma colonial que autorizaba a los africanos a vivir de acuerdo a sus tradiciones siempre y cuando «*éstas no trasgredieran la política colonial*» fue transformada por los Tonga mediante una estrategia innovadora y astuta: la invención de la tradición<sup>79</sup>. Bajo la etiqueta de «*tradición*», los Tonga legislaban asuntos nuevos desafiando al poder legislativo colonial. Colson aporta a la Antropología del Derecho en la medida que supera la aproximación Estructural-Funcionalista a los conflictos, planteando que el conflicto es sólo una parte de la dinámica social que produce el cambio legal.

Durante los años 70, Leopold Pospisil indaga la potencialidad del método de casos para investigar comparativamente normas sustantivas. Como mencionamos, Pospisil tenía en mente hacer un trabajo comparativo sobre el Derecho en distintas sociedades, para lo cual analiza la estructura del Derecho sustantivo<sup>80</sup>. Usando el análisis componencial de la lingüística, el autor sistematiza las categorías *folk* del sistema ideal de normas *Kapauku* sobre la tenencia de la tierra. Sin embargo surgía un problema respecto al método de análisis. El autor pretendía usar el método de casos pero debido a que los *Kapauku* de Nueva Guinea raramente infringían las normas sobre la tenencia de la tierra, este método era menos conveniente para analizar este tipo de estructura normativa.

Su impresionante trabajo sobre la taxonomía *Kapauku* de la tenencia de la tierra, que tiene un innegable fundamento estructuralista, es enriquecido con un sofisticado análisis de la relación entre las características legales del sistema y la taxonomía *Kapauku* de Derechos. Si bien esta aproximación al Derecho provee una matriz conceptual estable para realizar estudios comparativos (que podría reproducirse para estudiar la herencia, los contratos, el matrimonio, etc.), el problema es que proyecta una imagen esencial del Derecho, congela el carácter cambiante de los principios y normas legales y representa a los *Kapauku* como un grupo aislado y prístino. La semejanza de las premisas de este análisis con aquellas que informaban los proyectos de codificación llevados a cabo en Europa durante el siglo XVIII es evidente. De esta manera, no sólo se encubre la dinamicidad de un fenómeno legal sino que se excluye del análisis a todas aquellas variables no-étnicas que probablemente hayan contribuido al desarrollo de este tipo de normas.

A la luz de su experiencia de campo, Holleman levanta otra crítica al método de casos. J. F. Holleman estaba interesado en problematizar la idea de que el método de casos es el único medio de recopilación de información sobre el Derecho<sup>81</sup>. Sus vitales paradojas en el trabajo de campo, revelan la necesidad de encontrar un método

<sup>76</sup> COLSON, ELIZABETH. *Tradition and contract. The problem of order*. Chicago. Aldine Publishing Company, 1974.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>79</sup> *Ibid.* p. 79. Antes que Colson, Barnes también se ocupó de la invención de la tradición en África. (BARNES, John A. *History in a changing society*. En: *Journal of the Rhodes-Livingston Institute*, XI, 1951, pp. 1-9).

<sup>80</sup> POSPISIL, Leopold. *The ethnology of law*. New York: Cumming Pub. Co., 1978 (segunda edición).

<sup>81</sup> HOLLEMAN, J.F. *Trouble-cases and trouble-less cases in the study of customary law and legal reform*. En: BENDA BECKMANN K. y



apropiado que permita deducir el fenómeno legal porque el método casuístico demuestra serias limitaciones. El estudio del veredicto final de un caso le permite a Holleman concluir que la norma de comportamiento que usualmente se observaba en casos no-problemáticos no fue aplicada en este caso porque circunstancias externas influenciaron el proceso de adopción de decisiones al extremo que el resultado era incompatible con las normas.

Holleman sostiene que el método de casos-problema es útil sólo cuando se habla de estudios cuantitativos. Considera que este método sería eficiente para el análisis de varios casos de forma que permita deducir una norma de Derecho específica. El método de casos tampoco es útil, según Holleman, en asuntos que no son materia de conflicto: «*probablemente en casi todas las sociedades, hay ciertas avenidas de actividad social y económica en las que el paso del tráfico legal y de las transacciones tiene lugar regularmente, con muy pocos casos de colisión litigiosa*»<sup>82</sup>. Por ejemplo, las prácticas sobre el uso y la entrega de tierras que existían antes de la reforma agraria (1946-48) en la región africana que Holleman estudió indicaban que existía un conocimiento preciso de los principios reguladores junto a una ausencia de conflictos por este tipo de materias. De hecho, no se dudaba de las normas que las autoridades deberían aplicar pues estas personas eran expertas en asuntos sobre los que raramente se discutía. Holleman no niega la utilidad del método de casos pero sostiene firmemente que «*la incidencia en la colisión puede variar considerablemente de un área del derecho a otra, demasiado énfasis en el conflicto...puede llevar a cubrir de manera desigual el campo total del derecho*»<sup>83</sup>.

Encontramos otro ejemplo de la aplicación del método de casos en «*Un análisis de los casos legales Zapotecos*» donde Nader<sup>84</sup> analiza los litigios llevados a la Corte del pueblo Zapoteco de Ralu'a en la región mexicana conocida como El Rincón. El método de casos fue usado por la autora para recoger información sobre «*aspectos específicos de la vida social Zapoteca*», pero no para comprender toda la vida social de Ralu'a. El método de casos era sólo una fuente complementaria de información por medio de la cual la autora logró conocer a los usuarios de la Corte, sus quejas, la relación entre las partes, la edad, y la conexión entre el conflicto y el resultado. Esta información sería complementada usando otros métodos.

Las diferencias culturales y económicas que se presentan en Ralu'a hacen de esta región un área interesante de estudio donde la Corte representa el lugar en el que éstas se hacen evidentes. Sin embargo, la resolución de conflictos en la Corte no devela otros aspectos de la sociedad Zapoteca. Por esta razón Nader aclara que para poder alcanzar una comprensión adecuada de la dinámica social Zapoteca, estos aspectos que no son obvios en el análisis de casos también deberían ser materia de atención. Entre éstos menciona el hecho de que los *principales* no usen la Corte, que el resto de los Zapotecos recurra a distintos tipos de resoluciones entre los que las decisiones de la Corte son sólo una forma de resolver, y el hecho

de que los casos de pequeños arreglos que dirimen las *agencias* sean tratados de manera diferente por las autoridades de la Corte. Si se hubiera empleado únicamente el método de casos, estos aspectos sociales cuya relevancia es apreciable hubieran sido excluidos de la etnografía legal.

El trabajo de Nader demuestra que la organización de los casos legales permite analizar los componentes más importantes de la organización social de los Zapotecos y su concepción *emic* del Derecho. Los casos son ordenados de acuerdo a varias categorías como el sexo de las partes, el status de uno respecto del otro, la edad, la residencia, la jurisdicción, el número de individuos involucrados, la clase de quejas, y el resultado final. Comparando y contrastando esta información con la que obtuvo mediante entrevistas y observación, la investigadora consiguió una imagen completa de su objeto de estudio. Posteriormente, usando el método histórico y comparativo descubriría las dimensiones hegemónicas y contra-hegemónicas del modelo armónico de resolución de conflicto Zapoteco.

El estudio de casos jurídicos de la Corte de Ralu'a también le permite hacer observaciones de tipo metodológico. Por ejemplo, el *precedente legal* no era una noción útil para las autoridades de la corte puesto que incluso cuando se presentaban quejas similares, el veredicto de los jueces se basaba en las características de las partes que intervenían en el conflicto<sup>85</sup>. Como resultado, cada decisión era única aunque la racionalidad que desplegaban los jueces para llegar a estas decisiones se construía sobre los patrones sociales Zapotecos.

En concordancia con la observación de que en el campo del Derecho se ha realizado muy poca comparación inter-cultural y controlada<sup>86</sup>, Benda Beckmann<sup>87</sup> intenta explorar las dificultades que esta tarea supone para los antropólogos legales. El autor considera que la idea del Derecho que los antropólogos manejan es «*parte del ritual de iniciación para entrar al círculo de los antropólogos legales*»<sup>88</sup>. Por esta razón, todos los antropólogos legales coincidían en que el Derecho era «*una forma particular de control social, un tipo de orden específico, un campo de reglas normativas específico*»<sup>89</sup>. Las definiciones del Derecho no escapaban los márgenes mencionados excluyendo definiciones más amplias que facilitarían la realización de estudios comparativos del Derecho.

El autor propone algunas pautas para llevar a cabo un estudio comparativo del Derecho. En esta tarea la conceptualización del Derecho es fundamental.

El Derecho, según el autor, es el resultado del juego dialéctico entre la restricción y la autonomía contenido en los procesos de resolución de conflictos. Observando los procesos, el analista se da cuenta de cómo se manipula, crea, altera y aplica el Derecho; es decir, se da cuenta cómo se manifiesta el Derecho. Pero los procesos

STRIJBOSCH F. (editores). *Anthropology of law in the Netherlands*. Holland: Foris Publications, 1968, pp. 110-131.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>84</sup> NADER, Laura. *An analysis of Zapotec law cases*. En: BOHANNAN, Paul (editor). *Law and warfare. Studies in the anthropology of conflict*. New York: The Natural History Press, 1967, pp. 117-138.

<sup>85</sup> Este razonamiento legal es común en las sociedades donde resaltan las relaciones inter-personales (face-to-face) por las que cualquier persona conoce y es usualmente consanguíneo o afín a otra.

<sup>86</sup> NADER, Laura. *The anthropological study of law*. En: NADER, Laura (editora) *American Anthropologist*, Special Issue: The Ethnology of law. pp. 3-32.

<sup>87</sup> BENDA BECKMANN, Franz Von. Op. Cit.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 91.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 92.

en sí mismos no son Derecho. Por ello, es metodológicamente adecuado que los procesos de resolución de conflictos se diferencien conceptualmente del Derecho. En este esfuerzo, deberíamos evaluar las tres dimensiones en las cuales el Derecho se manifiesta: cómo se expresa el Derecho General y a qué niveles de una sociedad particular; el rango de restricción que el Derecho impone a la autonomía de los individuos; y finalmente, las conexiones específicas entre el Derecho General y los «procesos que crean el derecho concreto»<sup>90</sup>.

Según Benda-Beckmann, si los antropólogos tuvieran en cuenta estos tres aspectos desecharían la hipótesis de que el Derecho en las sociedades *tradicionales* -a diferencia de las sociedades *occidentales*- es vago y oscuro. La supuesta ambigüedad del Derecho *tradicional* se basa en la idea de que las reglas y la evaluación legal en las sociedades *tradicionales* dependen de las circunstancias del evento. Benda-Beckmann cree que este argumento también puede aplicarse al sistema legal occidental puesto que éste también considera un amplio margen de circunstancias antes de emitir cualquier dictamen. Por lo tanto, las diferencias entre ambos Derechos -el tradicional y el occidental- no se encuentran en el hecho de que sus decisiones se apoyan en circunstancias específicas, ni tampoco en los distintos grados de institucionalización de ambos sistemas, sino más bien en la forma en que se abordan las circunstancias y el rol que éstas ocupan en el sistema.

En «*Procesos legales*», Collier<sup>91</sup> revisa la literatura *top* de los años setenta sobre los contextos sociales donde ocurren los procesos legales. De manera sugerente, ella divide su artículo en tres secciones: fuentes de conflicto, procesos de adopción de decisiones y formas de procesar los conflictos. Su hipótesis es que los científicos sociales interesados en los procesos legales entienden el conflicto como algo inherente a las relaciones sociales.

La autora vincula los procesos de conflictos a las formas de organización social y clasifica los estudios legales en dos categorías: estudios sobre tipos de organización social que corresponden a una forma particular de procesar conflictos, y aquellos estudios que exploran un número determinado de sociedades sin consideración de su organización social para descubrir similitudes al resolver conflictos. Entre otros aspectos, ella refiere que los análisis sobre las denominadas *sociedades sin gobierno formal* han subestimado las desigualdades dentro de esas sociedades (por ejemplo, género, edad, habilidad, etc.). Saliendo del marco de las investigaciones legales tradicionales, Collier se pregunta si los procedimientos legales sirven para mantener las desigualdades o más bien las combaten.

Finalmente, Collier indica que el método de casos que Llewellyn y Hoebel popularizaron ha sido bastante criticado. La crítica de algunos antropólogos respecto a la utilidad de este método tiene que ver específicamente con el hecho de que ya no responde a los nuevos intereses. Mientras que en los años cuarenta Llewellyn y Hoebel se interesaron en los *trabajos del derecho* y en el aparato legal de un grupo social, treinta años después los antropólogos comenzaban a mirar al Derecho como algo esencialmente dinámico. Como corolario de esta reflexión, Collier señala que no es el método el que debe primar sino más bien las preguntas las que deben ser los pilares en

una investigación. No es que el método no sea importante sino que éste debe responder a las preguntas que la investigación plantee. La importancia del método radica en que las concepciones sobre el Derecho usualmente están sumergidas en los diseños metodológicos.

El libro «*Los procesos de disputa. El derecho en diez sociedades*»<sup>92</sup> contiene una serie de análisis sobre los procesos de disputa en diferentes partes del mundo. Considerado un experimento por sus autores, este libro pretende modestamente ser el primer paso en una investigación más amplia. Laura Nader impulsó este proyecto académico al que denominó «*Proyecto Berkeleyano del derecho de la aldea*» (Berkeley Village Law Project). El objetivo del proyecto era que estudiantes graduados de la Universidad de California en Berkeley, recolectaran información etnográfica y compararan un vasto abanico de formas de crear Derecho. Se trataba de que los estudiantes compararan diversas formas de manejar los conflictos, sus consecuencias y las condiciones que determinan los conflictos.

El equipo de investigación empezó por definir al Derecho como un tipo específico de control social. Este acuerdo inicial sobre el concepto de Derecho, sin embargo, no ocultó las diferencias saltantes que los autores encontraron en las sociedades estudiadas. Por ello decidieron ser más flexibles cuando seleccionaban la metodología. En efecto, mientras el método de casos era adecuado para estudiar algunas sociedades, otras requerían el método del caso extendido, etc. Se desarrolló entonces un modelo procesal que no constreñía sus descubrimientos únicamente al veredicto final del caso sino que se exploraban otros aspectos sociales. Las funciones del Derecho y los tipos de casos incluían un rango más amplio de posibilidades. Además, se analizaron las relaciones de poder dentro del caso mismo, lo cual comprendía la evaluación del costo-beneficio que el individuo hacía sobre el mejor procedimiento a seguir.

Las investigaciones exploraron principalmente dos temas: las dimensiones de los procesos de resolución de conflictos y la dirección que tomaría el desarrollo legal. Pero además analizaron aspectos como la estructura de las relaciones sociales, el control de recursos escasos, la distribución del poder, los objetivos de los actores sociales, el acceso a los foros judiciales, el tiempo, los costos, la dimensión cultural y la incorporación de sistemas legales locales en los sistemas legales nacionales. También reflexionaron sobre las consecuencias del pluralismo legal en las sociedades post-coloniales. En suma, el trabajo plantea preguntas nuevas en la Antropología del Derecho relacionadas a la distribución del poder y las diversas estrategias legales que los usuarios desarrollan en un escenario global mucho más complejo.

Las aproximaciones presentadas en esta sección describen el desarrollo del método más importante en la historia de la Antropología del Derecho: el método de casos<sup>93</sup>. En este proceso contribuyeron otras ramas de la antropología socio-cultural e influencias externas como las de la Jurisprudencia. Pero la Antropología del Derecho también contribuyó a cuestionar las raíces del trabajo etnográfico.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>91</sup> COLLIER, Jane. *Legal Processes*. En: *Annual Review of anthropology*, Vol.4, 1975, pp. 121-144.

<sup>92</sup> NADER, L y TODD, H (editores). *The disputing process: law in ten societies*. New York: Columbia University Press, 1978.

<sup>93</sup> Para una crítica comprehensiva del método de casos véase. TRUBECK, David. *The construction and deconstruction of a disputes-focused approach: an afterword*. En: *Law & Society Review* N°15, 1980-1981, pp. 727-747.

Durante los años sesenta, un interesante debate entre Gluckman y Bohannan sugeriría nuevas preguntas respecto a la *representación* dentro de la antropología legal.

## 2.8 Pronosticando la Antropología Post-interpretativa: el debate Gluckman-Bohannan sobre la representación

Tal como Colson mencionara, los años cincuenta trajeron nuevas tendencias en la Antropología General<sup>94</sup>. Los antropólogos dejaron de poner énfasis en la estructura social y se concentraron más bien en las estrategias individuales que alteraban las normas estructurales. Poco tiempo después también sería cuestionada la propiedad del lenguaje para describir y representar diversos fenómenos sociales. Los primeros debates sobre la representación etnográfica aparecieron en varias sub-disciplinas de la antropología, una de las cuales fue la Antropología del Derecho. Max Gluckman y Paul Bohannan son los personajes de este intercambio que en adelante influyó en el desarrollo de la Antropología del Derecho y la Antropología General.

Max Gluckman trabajó como oficial del Instituto Británico Rhodes-Livingston en Sud-Africa durante los años cuarenta. Interesado en los procesos judiciales *indígenas* y en su racionalidad legal, Gluckman pasó 27 meses recogiendo un considerable número de casos en las cortes de los Barotse. Sus objetivos no eran únicamente descriptivos. Él pretendía, además, comparar el sistema legal Barotse y el occidental. Las premisas sobre las que realizó la comparación fueron tomadas principalmente del Derecho inglés y romano-holandés, lo cual de cierta manera tergiversó los significados legales de los Barotse.

En el primer capítulo de su libro Gluckman describe el contexto colonial. El autor detalla el profundo impacto del imperio Británico en el Reino Lozi. No sólo se alteraron sus organizaciones legales, sino que sus esferas políticas y de parentesco también fueron modificadas debido a la práctica de la administración británica y a la actuación de la Misión Evangélica de París. Gluckman reconoce que el conflicto principal de los Barotse es con los británicos pero no incluye a estos últimos como parte de su investigación. Su preocupación era retratar el sistema legal Barotse tal como era en el pasado. De esta manera él podría establecer los cambios que se hubieran producido posteriormente; tarea difícil considerando que la ingeniería legal colonial había finalmente minado el aparato legal de los Barotse.

A pesar de que el propósito de Gluckman era analizar la racionalidad legal de los Lozi (Barotse) mediante el escrutinio de las decisiones judiciales, su método comparativo subraya las similitudes entre las instituciones legales Barotse y *el sistema legal occidental*. Para llevar a cabo esta comparación Gluckman usa la terminología legal de occidente (por ejemplo, derecho/deber, hombre razonable<sup>95</sup>, *corpus juri*, etc.), con lo cual no logra proyectar la imagen prístina del Derecho Barotse que quería demostrar. Pero lo que Gluckman buscaba en realidad era extender el concepto de Derecho británico al grupo de normas de los Barotse con la intención de cuestionar la creencia occidental de que los pueblos *primitivos* sólo tienen costumbre mas no Derecho<sup>96</sup>. Con este fin en mente, Gluckman forzó algunas observaciones sobre los Barotse a fin de que encajaran en las categorías

del *Common Law* Británico<sup>97</sup>.

No obstante, Gluckman sí trató de entender los cambios que afectaban el *sistema legal* Barotse. Para explicar el cambio legal por ejemplo, el autor se concentró en la flexibilidad y en la «*certeza de la incertidumbre*» que se evidenciaban en los veredictos de los jueces Barotse. También analizó la importancia del tiempo y del intercambio para ellos. Además, el interés de los Barotse en preservar únicamente las relaciones fundadas en lazos consanguíneos dañadas por un conflicto, le indicaba a Gluckman que la reconciliación era útil exclusivamente en sociedades que tenían este tipo de relaciones *multiplex*<sup>98</sup>.

Por otra parte, el libro de Bohannan «*Justicia y Juicio entre los Tiv*»<sup>99</sup> empieza describiendo la estructura de las Cortes de los Tiv en Nigeria. Aunque él explica el origen colonial de este sistema, la coexistencia de las Cortes Indígenas y No-Indígenas es presentada como dicotómica, por ello insiste en denominar al *sistema* Tiv como un sistema *folk* o tradicional.

En el idioma Tiv, el término *Jir* significa tribunal y caso. Los Tiv entendían su *sistema* judicial o «*reparación del Tar*» en términos de su sistema de linajes. En esta interpretación *folk*, los elementos de gobernabilidad así como los aspectos rituales de «*reparación del Tar*» eran muy importantes, como por ejemplo, el ritual de prestar juramento por medio del *swem* (una vasija con cenizas y hierbas medicinales). Mediante el método de casos, Bohannan describe cómo funciona el *Jir*, siendo «el propósito de la mayoría de los Jir [...] determinar un *modus vivendi*; no aplicar el derecho sino decidir qué es lo correcto en un caso particular»<sup>100</sup>.

La metodología de Bohannan consiste primeramente en presentar el término *folk*. Posteriormente lo explica y busca significantes análogos en la terminología legal occidental. Por ejemplo, *Wa Tindi* significa crear una norma. Pero la norma no es concebida como un *corpus juris* sino como «una norma de conducta que es reconocida como vinculante entre los miembros de la comunidad Tiv»<sup>101</sup>.

La falta de codificación o sistematización del Derecho y la costumbre entre los Tiv hizo imposible la comparación del término occidental *Derecho* con el término que usaban los Tiv. Bohannan señala enfáticamente que los «*Tiv tienen normas, pero no tienen derecho*»<sup>102</sup>. Ellos no fundamentan la resolución de sus conflictos en normas sino que resuelven de acuerdo a su conocimiento de cada institución. Más que aplicar normas abstractas, el fin real que los Tiv perseguían al usar sus mecanismos de auto-ayuda era obtener derechos.

<sup>96</sup> En el mismo sentido, Gluckman señala que el sistema de parentesco es una unidad política que había sido desconocida por muchos antropólogos anteriormente. El argumento que consideró que estos pueblos no tenían sistemas políticos y, consecuentemente, no tenían Derecho, fue duramente criticado por Gluckman.

<sup>97</sup> Esto aparece muy claro cuando Gluckman describe las actitudes de los jueces Barotse ante un caso que no tenía precedentes.

<sup>98</sup> El término *multiplex* fue creado por Gluckman para explicar que en este tipo de sociedades, los individuos pueden tener más de una relación que los vincula, por ello un conflicto entre dos personas afecta más relaciones que las que supuestamente los caracteriza.

<sup>99</sup> BOMANNAN, Paul. *Justice and judgement among the Tiv*. Illinois: Waveland Press, 1989.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p.57.

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>94</sup> COLSON, Elizabeth. Op. Cit.

<sup>95</sup> La noción de *hombre razonable* es común en la tradición legal occidental. En términos de Gluckman, se refiere a las expectativas culturales de la sociedad sobre cada uno de sus miembros.

A semejanza de Llewellyn y Hoebel, Bohannan piensa que es posible deducir las normas de las decisiones legales pero prefiere no usar el método de casos pues piensa que hacerlo sería un ejercicio de etnocentrismo. En su perspectiva, usar el *derecho* –un sistema *folk* occidental- como sistema analítico para comprender otros sistemas legales *folk* es una práctica etnocéntrica. De esta manera, Bohannan traduce el sistema *folk* de los Tiv con el Derecho occidental pero esta traducción no representa una explicación en términos occidentales sino una simple comparación.

De los muchos temas que surgen en esta controversia, uno de los más interesantes es cómo nos aproximamos al material de estudio tanto para recopilarlo como para analizarlo. Detrás de estas preguntas hay una real preocupación por la autenticidad del fenómeno. De qué manera y cuánto alteramos un fenómeno social cuando intentamos describirlo, analizarlo, explicarlo o compararlo. Pareciera que no hay una única respuesta a esta interrogante sino que ello depende de «*qué uso cree él [etnógrafo] que se le puede dar a tal descripción*»<sup>103</sup>.

Tanto Gluckman como Bohannan estaban interesados en el sistema legal de una sociedad de pequeña escala pero sus aproximaciones eran distintas. Mientras uno resaltaba la comparación, el otro hacía énfasis en la descripción. La organización social de las sociedades que estudiaron fueron también diferentes, tal como fueron sus consideraciones sobre la *representación* y sus agendas políticas. Finalmente, aunque sí contextualizaron el Derecho de los Barotse y de los Tiv en la era colonial, ambos habían idealizado los *sistemas* que querían retratar. Esto es evidente en el caso de Bohannan cuyos esfuerzos por traducir apropiadamente el Derecho Tiv sugieren que este Derecho era descontaminado y prístino<sup>104</sup>. Por otro lado, Gluckman tampoco encuentra un equilibrio cuando atribuye a los Barotse categorías legales occidentales como la de *hombre razonable*.

Posteriormente Moore aseguró que la diferencia básica entre los dos académicos es que «*Gluckman ve los conceptos y los principios del derecho como parte de los sistemas legales, mientras que Bohannan está más interesado en estudiar los conceptos mismos porque considera que éstos son un reflejo de toda la organización del sistema legal*»<sup>105</sup>. Por lo tanto, la decisión sobre usar o no conceptos legales occidentales para analizar otras sociedades depende de nuestra comprensión del Derecho como una variable independiente o dependiente de la sociedad. Si consideramos que el Derecho es independiente de la sociedad también es universal y las categorías legales surgidas en occidente no denotarían su realidad porque serían independientes de esta realidad. En este esquema no sería problemático aplicar estas categorías a otras sociedades. Pero si consideramos que el Derecho es una variable dependiente de la sociedad, al aplicar conceptos legales occidentales a sociedades no-occidentales aludimos a la realidad de occidente, con lo cual estaríamos tergiversando los patrones de grupos no-occidentales<sup>106</sup>.

### 3. Los años setenta: el Derecho en la teoría social y legal

Como mencionamos en la introducción, la antropología norteamericana también recibió influencias de las ciencias sociales desarrolladas en otros continentes. En efecto, durante la década del setenta surgieron teorías sociales que incorporaron la noción de poder al análisis de la realidad social. Ello ocurrió especialmente en el continente europeo desde donde las teorías de Foucault, Bourdieu y Gramsci influyeron en la producción académica de otros continentes. En esta sección analizaremos la contribución de estos pensadores al análisis socio-cultural del Derecho y la emergencia de teorías socio-legales como la del Movimiento de los Estudios Crítico-legales y la resolución alternativa de conflictos.

#### 3.1 El Derecho según Bourdieu

##### 3.1.1 ¿Qué es el *habitus*?

Para Bourdieu, son los individuos quienes producen y reproducen pensamientos, percepciones y acciones, pero esta capacidad humana -que él denominada *habitus*- es histórica y socialmente condicionada.

El *habitus*, según Bourdieu alude a las maneras de entender, juzgar y desenvolverse que surgen de nuestra particular posición en un ámbito social específico y de la orientación de esa posición en la estructura social. Es una tendencia social que perpetúa ciertos comportamientos y costumbres sociales. Siendo el *habitus* restringido, la posibilidad de innovación está definitivamente pre-determinada. Esta reflexión se extiende al ámbito legal donde, según el autor, el Derecho moderno provee menos espacio para la improvisación que el Derecho consuetudinario. La distinción que establece Bourdieu entre la costumbre y el Derecho lo lleva, sin embargo, a no hacer referencia alguna a la relación entre ambos. Probablemente por ello, el autor se niega a reconocer la existencia de Derecho en las sociedades *arcaicas* que, según Bourdieu, cuentan únicamente con *costumbre*.

##### 3.1.2 El Derecho en las sociedades modernas

En «*La fuerza del derecho. Hacia una sociología del campo jurídico*»<sup>107</sup>, Bourdieu analiza el Derecho en las sociedades modernas. Su método consiste en aislar el Derecho de la sociedad para poder analizar uno de sus aspectos principales: la autonomía del Derecho.

La pregunta que Bourdieu se hace es ¿por qué el Derecho es significativo socialmente? Para responder esta pregunta, el autor analiza el valor simbólico que tiene la autonomía que se le atribuye al Derecho y sus efectos reales, las relaciones de poder y la lógica interna que estructura las prácticas sociales del Derecho dentro del campo jurídico. El campo jurídico para Bourdieu, es un espacio social organizado alrededor de la transformación del conflicto directo entre las partes interesadas en un debate regulado jurídicamente entre profesionales del Derecho.

<sup>103</sup> NADER, Laura. *The anthropological study of law*. En: NADER, Laura (editora) American Anthropologist, Special Issue: The Ethnology of Law. 1965, p.11.

<sup>104</sup> Sin embargo, Bohannan menciona que «*el sistema legal Inglés tuvo más influencia entre los Tiv*».

<sup>105</sup> MOORE, Sally F. *Comparative studies*. En: NADER, Laura (editora) Law in culture and society. Chicago: Aldine Pub. Co., p. 343.

<sup>106</sup> Esto tiene mayores implicancias en términos de la percepción de la ingeniería legal colonial en África.

<sup>107</sup> BORDIEU, Pierre. *The force of law toward a Sociology of the juridical field*. En: BOHANNAN, P. (editor). Law and warfare. Studies in the anthropology of conflict. New York: The Natural History Press, 1987, pp.43-58.

Bourdieu considera que el Derecho es un tema clave de investigación. El autor señala que ni los positivistas ni los críticos del positivismo pueden ver con claridad que existe un universo social relativamente independiente de las demandas externas dentro del cual se produce y ejerce autoridad jurídica en forma de violencia legítima. Esta violencia legítima es monopolio del Estado.

### 3.1.3 ¿Cómo se forma el Derecho?

A Bourdieu le interesa de qué manera se forma este universo social y por eso nos habla de las prácticas y los discursos jurídicos. Dice que éstos son el producto del funcionamiento de un campo. El campo es el espacio creado por ciertas actividades que son reguladas al interior del mismo. Los conflictos de competencia que se dan a su interior y la lógica de las acciones jurídicas que definen lo estrictamente jurídico determinan la lógica del campo.

La importancia del campo jurídico estriba en que es un espacio donde se desarrolla una lucha por el monopolio legal a *decir el derecho*, es decir, a establecer el orden. Este orden pretende ser universal y para ello se elabora un cuerpo de reglas y procedimientos que es el producto de una división de trabajo entre abogados, especialistas, teóricos, etc.

Para Bourdieu, a diferencia de Foucault, sí hay individuos que detentan poder. El autor denomina a este poder que se crea dentro del campo jurídico, capital simbólico, es decir, prestigio, reputación, autoridad, etc. Estos individuos que detentan el poder o capital simbólico contribuyen a crear la legitimidad del Derecho. Para demostrarlo pone como ejemplo al juez de primera instancia que está ligado al teórico del Derecho y al especialista del Derecho constitucional por medio de una cadena de legitimidad que los articula y evita que sus actos sean vistos como un tipo de violencia arbitraria. La coerción del Derecho para Bourdieu es un tipo de violencia legítima y legitimada gracias a las operaciones que los especialistas del Derecho producen al interior del campo legal.

¿Cómo se legitima esta violencia? Bourdieu habla del acto de interpretación de los jueces y dice que se ha diseñado un ritual mediante el cual se representa el acto de interpretación como una expresión de la voluntad legisladora y no como la expresión de la voluntad y la visión del mundo del mismo juez. Mediante este ritual simbólico se reemplaza la particularidad por la racionalidad, es decir, se disfraza la opinión de determinado juez con un manto de generalidad y racionalidad que le da la característica de universal.

El espacio judicial funciona como un espacio neutral que transforma lo que está en juego (un conflicto de intereses, por ejemplo) en algo neutro mediante la abstracción de la realidad y del distanciamiento que se producen al transformar un enfrentamiento directo en un diálogo entre mediadores. Los agentes especializados del Derecho que aparecen como neutrales producen esa distancia entre los *guerreros* y esta operación, a la vez, le da un manto de neutralidad al Derecho.

El campo judicial es el espacio organizado donde un conflicto directo entre las partes/combatientes se convierte en un debate reglamentado entre profesionales que representan a sus clientes. La construcción de este campo jurídico es una manera de construir la realidad. Esto implica conocer las exigencias de la construcción jurídica del objeto, es decir, saber cómo traducir la realidad en el código

elaborado por este campo jurídico. Ello beneficia principalmente a los profesionales del Derecho que tienen, según el autor, el poder para manipular las aspiraciones legales de la gente, para crearlas y amplificarlas o disuadirlas. Crean la necesidad de sus propios servicios al convertir los problemas ordinarios en problemas jurídicos.

### 3.1.4 ¿Qué es el Derecho para Bourdieu?

El Derecho es para Bourdieu la forma del poder simbólico para nombrar a las cosas, y al nombrarlas, también crearlas. El Derecho es la forma del discurso capaz de producir efectos. Esta concepción de Derecho lo lleva a sostener que «no es exagerado decir que el derecho crea el mundo social, pero a condición de no olvidar que el mundo social crea el derecho»<sup>108</sup>.

Nuestras categorías de pensamiento contribuyen a producir el mundo sólo si corresponden a estructuras pre-existentes, es decir, aquéllas que consagran el orden establecido. Para Bourdieu entonces, al igual que para Foucault, todos estamos determinados pues nuestro marco de referencia son esas estructuras a las cuales deben ajustarse nuestras representaciones e ideas sobre el mundo. Cómo vemos al mundo, cómo lo imaginamos, cómo lo percibimos; todas estas formas están producidas históricamente dentro de ese mundo. Todas nuestras formas de pensar están determinadas por estructuras pre-existentes.

Si bien Bourdieu desentraña magistralmente el simbolismo de la *autonomía* del Derecho, al aislar al Derecho del ámbito socio-cultural refuerza este simbolismo y su poder mágico, y lo universaliza. La carencia de referencias a aspectos externos al campo jurídico consolida la idea de que el Derecho es un fenómeno especial con un razonamiento distintivo reproducido por los operadores legales.

### 3.1.5 Bourdieu y el Derecho consuetudinario

En «*Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*»<sup>109</sup>, Bourdieu define las normas del Derecho consuetudinario como «el producto de un reducido grupo de esquemas que habilitan a los agentes a generar una infinidad de prácticas adaptadas a situaciones infinitamente cambiantes, sin que esos esquemas sean nunca constituidos como principios explícitos»<sup>110</sup>. Según Bourdieu, el Derecho indígena tiene dos atributos: flexibilidad y una conexión más fluida con los individuos. Pero además, este Derecho se caracteriza por ser opuesto a las *normas de un código jurídico*. Esta caracterización de ambos Derechos como opuestos reproduce y perpetúa la rígida separación que los antropólogos del siglo XIX establecieron entre el Derecho y la costumbre.

Moore<sup>111</sup> comenta acerca del *habitus*: «El *habitus* pretende explicar las operaciones de la «costumbre» y del «pre-derecho» en

<sup>108</sup> BORDIEU, Pierre. *The force of law: toward a sociology of the juridical field*. En: *The Hastings Law Journal*, Vol. 38, 1987, p. 839.

<sup>109</sup> BORDIEU, Pierre. *Outline of a theory of practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1977.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p.16.

<sup>111</sup> MOORE, Sally F. *Legal Systems of the world: an introductory guide to classifications, typological interpretations and bibliographical references*. En: LIPSON, L. y WHEELER S. (editores) *Law and the social sciences*. New York: Russel Sage Foundation, 1986, pp. 11-62.

Kabyliá...él [Bourdieu] describe un esquema general de clasificación cultural que puede tener una variedad de usos, entre ellos, la definición de circunstancias agravantes o atenuantes. Estas categorías son principios generativos que pueden ser permutados o combinados para abordar cualquier caso»<sup>112</sup>. Es interesante destacar que cuando Bourdieu habla de clasificaciones culturales al identificar la *costumbre*, se aparta así de la tradición occidental<sup>113</sup> que identifica el Derecho con la coerción.

En su análisis sobre el capital simbólico, Bourdieu distingue entre las funciones *manifiestas* y *latentes* de los fenómenos sociales cuando compara las sociedades *arcaicas* y *modernas*. Él afirma que, aunque el interés económico es una fuerza motora en ambas sociedades, en las sociedades arcaicas existe un énfasis *manifiesto* en los elementos simbólicos de las actividades económicas. Una vez más, Bourdieu analiza las sociedades arcaicas como aisladas de las fuerzas económicas globales. El mismo razonamiento informa su estudio sobre la costumbre en las sociedades *arcaicas*. Ello hace que Moore se pregunte acerca de los criterios que usamos para determinar los significados fundamentales del Derecho primitivo.

### 3.2 El Derecho según Michel Foucault

Foucault nace en Portier, Francia en 1926. Luego de estudiar en las instituciones académicas más prestigiosas se recibe de filósofo y psicólogo. El punto de partida de la reflexión de Foucault sobre el Derecho es la teoría de Nietzsche pues, fue este autor el primero que estableció que el objeto de estudio de la filosofía debería ser el poder.

#### 3.2.1 Foucault y el postmodernismo

Según Foucault, los individuos no podemos acceder a la realidad directamente sino por medio de códigos, modos de hablar y pensar, y discursos específicos situados históricamente. Estos códigos o discursos son poco transparentes pues son producto del poder, no tienen autor sino que funcionan inconscientemente en las mentes y los cuerpos de aquellos que son instruidos para emplearlos. Los discursos entonces se graban en las mentes y cuerpos de los usuarios de forma que sus propios cuerpos se convierten en prisiones.

Ello significa que los seres humanos no están en el centro de la historia o en control de sus vidas sino que son *consecuencias o efectos* de los discursos y de posiciones particulares dentro de ellos. Las *verdades* son significados construidos dentro de discursos y por discursos particulares. Por lo tanto, no puede existir tal cosa como el conocimiento objetivo ni juicio razonado e independiente, ni seres individuales y autónomos, ni ningún otro mundo que no esté construido por discursos culturales situados históricamente. En este esquema no existe la creatividad, la salida individual o autónoma pues todos estamos determinados.

Si los discursos crean mundos sociales y nos permiten conocerlos de una forma determinada, los discursos son a la vez fuente de conocimiento y poder. Foucault indica que hay una geografía del poder y que en esa geografía, los discursos son espacios donde se

produce conocimiento-poder. Sólo en los discursos los seres se conocen a sí mismos y a los otros de una forma específica que excluye otras formas. De allí surge la famosa frase de Foucault: «*la resistencia es fútil*».

#### 3.2.2 Derecho y poder: conocimiento y coerción

Foucault se interesa principalmente por el poder. Foucault desentraña el poder, el poder ya no es ubicable sino que está en todo y en todos<sup>114</sup>. Incluso nuestros propios cuerpos, maneras de hablar, discursos, etc. están imbuidos de poder. El poder tiene la capacidad ilimitada de reproducirse a sí mismo, de maneras inconscientes y conscientes, aún cuando produzca consecuencias inesperadas.

Foucault se pregunta qué hace el Derecho o qué función cumple. La función más significativa que cumple el Derecho es el enmascaramiento del poder<sup>115</sup>. Precisamente porque el Derecho enmascara el poder, Foucault prefiere hablar directamente de poder y no de Derecho. La sugerencia de Foucault es que nos concentremos en las micro-tecnologías o relaciones de poder.

El Derecho es clave para Foucault sólo como un instrumento, forma o manifestación del poder. Le interesa las formas que usa el Derecho para definir qué es normal y qué no lo es y por eso se interesa particularmente por el aspecto coercitivo del Derecho Penal<sup>116</sup>. En este sentido, comparte la hipótesis de Gramsci quien sostenía que el Derecho era pedagógico porque sus modelos de conducta eran impuestos a la gente mediante sanciones. Foucault se interesa por la función coercitiva del Derecho en la medida que de esta forma, el Derecho produce saber y conocimiento. Pero su interés en demostrar el aspecto pro-activo del Derecho penal lo lleva a desconocer este mismo aspecto en otras ramas del Derecho.

Foucault analiza históricamente las formas de construir verdad en el Derecho. Señala que en la época feudal se genera la *indagación* como una manera de ejercer el poder. Pero es a comienzos del siglo XX que la ley penal establece 4 tipos de castigos: la deportación, la exclusión, la reparación del daño (trabajos forzados) y la Ley del Talión.

#### 3.2.3 Funciones del Derecho. La prisión

Algunas prácticas de grupos sociales en Inglaterra y Francia llevan a Foucault a pensar que entre los cuatro tipos de castigo mencionados el más útil era la exclusión. Para ello, usa el ejemplo del panoptismo, una forma de saber que deviene del término panóptico<sup>117</sup>, que busca controlar a los individuos y aprovechar de este control para conocer sus movimientos, sus prácticas, costumbres, etc. Foucault extrapola los elementos de un tipo de poder situado histó-

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>113</sup> Aquí no incluyo a Malinowski quien es reconocido por extender su concepto de Derecho más allá de las fronteras de la coerción.

<sup>114</sup> TURKEL, Gerald. *Michel Foucault: law, power and knowledge*. En: *Journal of law and society*, Vol. 17, 1990, pp. 170-193.

<sup>115</sup> GORDON, Colin. *Power/knowledge. Selected interviews and older writings 1972-1977*. New York: Oantheon Books, 1980.

<sup>116</sup> HUNT, Allan y WICHHAM, Gary. *Foucault and law: Towards a sociology of governance as governance*. London, Colorado: Pluto Press, 1994.

<sup>117</sup> El panóptico es una obra de arte arquitectónico que consiste en una galería circular, dividida en celdas iguales perfectamente visibles desde una alta torre central en la que se coloca el vigilante. El prisionero se siente vigilado en cualquier momento, aunque el vigilante no lo vea constantemente.

ricamente y lo extiende a nuestra sociedad. Estos elementos son la vigilancia, el control y la corrección, que juntos crean un parámetro o canon de la normalidad.

Las funciones que cumplen las **instituciones de secuestro** son tres:

1. Controlan el tiempo del individuo en función de la producción
2. Controlan sus cuerpos
3. Crean un poder multidimensional o poliformo (una combinación de poder económico, político, social, judicial)
4. Crean un poder epistemológico. Este poder epistemológico es visible a través del funcionamiento de las cárceles, los hospitales, manicomios, escuelas, fábricas, etc.

Su análisis de la prisión muestra que esta institución de secuestro fue creada para corregir<sup>118</sup> al criminal de manera que se convirtiera en un modelo de ser humano *normal*, listo para convivir en sociedad. La idea de *rehabilitación* ha trascendido la historia pues aún en la actualidad justifica la creación, modificación y perpetuación de las prisiones modernas. Sin embargo, dice Foucault, las prisiones no reforman criminales sino que en realidad hacen casi imposible que regresen a la *normalidad* reproduciendo la criminalidad.

Si bien este resultado puede ser concebido como una *falla* desde el punto de vista de las intenciones de los planificadores, en realidad contribuyó a los objetivos del poder. En efecto, la creación de la categoría de *delincuente* desafió la ilegalidad al concebirla como patología. Así, al diferenciar las ilegalidades y enfrentar a una clase de violadores excluidos de la sociedad contra otra clase que permanece en la sociedad, la prisión sirvió como un sistema de control social aunque de forma diferente a la que sus planificadores pensaron. Foucault demuestra el éxito de la prisión como sistema de control social describiendo las dos principales funciones de la prisión relacionadas al poder:

1. El primer discurso de la prisión parece decir: «yo soy la prisión y represento lo que a ustedes les hacen todos los días allá afuera, en el trabajo, en la escuela, etc.»
2. El segundo discurso dice: «ustedes no están en prisión porque yo existo como un ente distinto y aplicado solamente a los delinquentes».

Mediante estas dos funciones, dice Foucault, el poder de la prisión previene la delincuencia y nos controla aunque estemos afuera, pero además sanciona a aquellos a quienes no les llegó el mensaje y cometieron un delito. La prisión no falló porque no pudo eliminar el delito. Por el contrario, la prisión ha triunfado porque ha producido delincuencia como una forma política de legalidad. Por ello es que aún existe. El punto aquí es que incluso las consecuencias inesperadas de la planificación y de las instituciones pueden terminar siendo estrategias de control aunque ocurran inconscientemente.

Un fenómeno interesante ocurre respecto al poder: el poder es internalizado por los que están dentro de la prisión pero también por los que están fuera. Esto es graficado por Foucault poniendo el ejemplo del panóptico de Bentham que refleja esta idea de que el poder es omnipresente y persistente. La internalización del poder en el vigilado se produce cuando, sin necesidad de que el vigilante ejercite

poder permanentemente, el súbdito se siente constantemente observado y vigilado. El poder se hace invisible, ve pero no es visto porque ya está internalizado.

### 3.2.4 Instituciones legales y cambio social

En la conferencia «*Sobre la Justicia Popular. Una discusión con los Maoistas*» (1974) le preguntan a Foucault si se pueden usar las instituciones legales para el cambio social. Foucault argumenta que la corte por ejemplo, es esencialmente, un aparato burgués por lo que no tiene utilidad para propósitos progresistas. Debido a que el sistema penal proletarizó y estigmatizó a los marginales, facilitando la contradicción dentro del proletariado es poco probable que pueda tener alguna utilidad para proyectos revolucionarios. Para Foucault, los tribunales populares, copia formal de los tribunales burgueses, no tienen un carácter progresista. Pero si, tal como Foucault señalara después, «no hay relaciones de poder sin que se generen resistencias»<sup>119</sup>, podríamos argumentar que también son relaciones de poder las que generan resistencias contra las instituciones legales formales. En este proceso, las instituciones formales pueden ser apropiadas por los *marginales* quienes pueden incluso atribuirles otro significado ideológico.

## 3.3 El Derecho según Gramsci

### 3.3.1 Ideología, cultura y hegemonía

Antonio Gramsci nace en 1891 en Sardinia, Italia, luego se trasladó a Turín donde combinó los estudios con la actividad política como líder del partido comunista italiano. Siendo parlamentario fue apresado por los Fascistas en 1926 luego de haber estado dos años en Moscú. Desde su confinamiento en la cárcel escribe su libro «*Cuadernos de la Prisión*». Cuatro días antes de ser puesto en libertad después de 11 años de prisión, Gramsci muere muy enfermo.

### 3.3.2 El Estado y el Derecho

Si bien Gramsci escribió su libro «*Cuadernos de la prisión*» entre los años 1929 y 1935, recién en la década del setenta sus tesis comienzan a ser conocidas mundialmente. A pesar del poco interés académico de Gramsci en el Derecho, en su trabajo podemos encontrar, aunque de manera desorganizada, reflexiones sobre las funciones del Derecho. Con el aporte de Gramsci el Derecho comienza a ser entendido ya no como un instrumento coercitivo o como el mero reflejo de una sociedad. El Derecho cobra vida y adquiere funciones políticas en la dinámica social.

Para Gramsci el estado es la sociedad política. Es un aparato político cuya función es la coerción. Pero el control político no es conseguido totalmente hasta que se logre el consentimiento o control ideológico. Cuando se consiguen ambos estamos hablando de hegemonía. La dominación directa, que es diferente a la hegemonía, es ejercida principalmente por el estado y el gobierno jurídico. Pero la ley cumple no sólo una función coercitiva sino también una función educativa. A través del Derecho, el estado considera que el grupo gobernante es homogéneo y tiende a crear consenso social al servicio del grupo gobernante.

<sup>118</sup> Por ello se denominaba correccional.

<sup>119</sup> Citado en GORDON, Colin. Op. Cit., p.142.

El Derecho juega un rol en la creación de los elementos políticos e ideológicos de la hegemonía, primero unificando a la clase directiva emergente y a sus aliados y luego haciendo que la *masa* esté conforme. Según Gramsci, las principales funciones del Derecho se hallan en el reino de la ideología. El problema jurídico es «un problema de educación de las masas», y «por medio del «derecho» el Estado considera «homogéneo» al grupo gobernante y tiende a crear un conformismo social que es útil para la línea de desarrollo del grupo gobernante»<sup>120</sup>.

El Derecho, según Gramsci, tiene la ventaja de poder ser usado tanto coercitivamente (a través de las cortes, etc.) como persuasivamente. Es persuasivo porque ayuda al grupo dirigente a crear una *tradición* en un sentido activo y no pasivo. El Derecho tiene un efecto tal que los estándares y modos de pensar contenidos en él penetran en la sociedad civil y se vuelven parte del sentido común. El Derecho produce una correspondencia entre la conducta individual y los fines que la sociedad misma establece como necesarios de forma que estos fines sean aceptados de una forma espontánea y libre. Lo específico acerca del Derecho es su doble cara: el hecho de que también es coercitivo en sus prácticas.

Pero más importante aún es su elaboración acerca de la tarea propositiva de crear normas. Para Gramsci, la creación de normas es legal y las prácticas dirigidas a asegurar la complacencia o aceptación de las normas también son legales. Por tanto, el comportamiento puede ser encontrado en todas las instituciones de la sociedad civil; no es una prerrogativa del gobierno.

### 3.3.3 ¿Es el Derecho exclusivamente estatal?

El Derecho no está confinado al estado o a la producción gubernamental de normas. Gramsci encuentra otra dimensión del Derecho en las maneras como la moralidad y la costumbre son usadas para dirigir a la sociedad civil. Las formas en las que el Derecho opera permiten entender lo que él denomina *el problema ético* descrito como una correspondencia coercitiva o espontánea entre las prácticas individuales y los fines que una sociedad establece.

Lo que Gramsci llama aspectos *espontáneos* del Derecho son localizados en la sociedad civil. Aquí la función del Derecho para obtener hegemonía es de gran importancia para Gramsci. Él explica esta operación como sigue: «¿cómo será aplicada la presión educativa a individuos específicos para obtener su consentimiento y colaboración?, ¿transformando la necesidad y la coerción en «libertad»? El problema del «derecho»: este concepto tendrá que ser ampliado para incluir aquellas actividades que son actualmente clasificadas como «legalmente neutrales» y que pertenecen al dominio de la sociedad civil; esta última opera sin «sanciones» ni «obligaciones» coercitivas, pero sin embargo ejerce una presión colectiva y obtiene resultados objetivos en la forma de una evolución de costumbres, formas de pensar y actuar, moralidad, etc.»<sup>121</sup>.

Gramsci también echa luces sobre los usos políticos del Derecho en estos casos, refiriéndose al Derecho como un modelo de civilización que busca tener preponderancia sobre *otros derechos*: «Si

*todo Estado tiende a crear o mantener cierto tipo de civilización y de ciudadano (y por lo tanto de vida colectiva y de relaciones individuales), y a eliminar ciertas costumbres y actitudes y a difundir otras, entonces el derecho será su instrumento para este propósito»*<sup>122</sup>.

Dos temas son fundamentales aquí: la existencia del pluralismo legal<sup>123</sup> y la actividad del estado para monopolizar el Derecho declarando ilegal el pluralismo legal. Tanto la neutralidad como la autonomía del Derecho estatal juegan un rol fundamental en la tarea de convencer al ciudadano sobre los beneficios de la regulación del Estado.

Gramsci cuestiona la concepción que sostiene que el Derecho es mera coerción porque de esta manera sus aspectos educativo e ideológico, que son bastante más penetrantes, se pierden en el análisis. Por ello «el Estado debe ser concebido como un «educador» en cuanto tiende precisamente a crear un nuevo tipo o nivel de civilización»<sup>124</sup>. En este sentido, el Derecho es para Gramsci «el aspecto represivo y negativo de la actividad total positiva y civilizadora llevada a cabo por el Estado. Las actividades de grupos e individuos que merecen incentivos deben ser incorporadas en la concepción del derecho; la actividad loable y meritoria es recompensada, tanto como las acciones criminales son castigadas»<sup>125</sup>. De acuerdo con ello, las prescripciones legales se vuelven parte del sentido común lo que causa que las masas estén conformes<sup>126</sup>.

Esta concepción del Derecho que incluye los aspectos ideológicos del Derecho estatal y la pluralidad de sistemas legales sugiere a Gramsci la posibilidad de la ingeniería legal en un contexto revolucionario. Según Gramsci, la tarea revolucionaria en la sociedad es, por lo tanto, una lucha por el control del Derecho. Es decir, una batalla por lograr posiciones autoritativas para crear normas.

### 3.3.4 Los estudios crítico-legales. Discursos legales, ideología legal, justicia popular, justicia informal

Indudablemente la década del setenta fue un período de turbulencia política e intelectual, especialmente en los Estados Unidos. Como consecuencia, se cuestionaron muchos paradigmas científicos y en su lugar surgieron otras corrientes. En el campo de los estudios legales, el movimiento de los Estudios Crítico-Legales (CLS) fue una de estas corrientes.

Robert Gordon, uno de sus impulsores, indica que el movimiento se generó en la década del 60 en las escuelas de Derecho. Allí surge

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 246.

<sup>123</sup> Gramsci se refiere al pluralismo legal cuando indica que, en un sentido amplio, «el concepto de legislador» debe ser identificado inevitablemente con el concepto de lo «político». Como todos los hombres son «seres políticos», también son «legisladores» (*Ibid.*, p. 265). En otro párrafo, Gramsci diferencia a los legisladores en sentido amplio de los legisladores en sentido estricto: «De este segundo grupo, el mayor poder legislativo pertenece al personal del estado que tiene a su disposición los poderes legales coercitivos del estado. Pero esto no significa que los líderes de organismos y organizaciones «privadas» no tengan asimismo, sanciones coercitivas a su disposición» (*Ibid.*, p. 266).

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 247.

<sup>125</sup> *Ibid.*

<sup>126</sup> CAIN, M. *Gramsci, the state and the place of law*. En: SURGARMAN, D. (editor) *Legality, ideology and the state*. London: Academic Press, 1983, pp.95-118.

<sup>120</sup> GRAMSCI, Antonio. *Selections from the prison notebooks*. New York: International Publishers.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 242.



el movimiento del interés público de los abogados y la idea de que el Derecho no es neutral. Ello tuvo dos consecuencias: por un lado, algunos abogados radicales decían que no tenía sentido usar el sistema contra el propio sistema puesto que hacerlo sólo profundizaba su legitimidad. Por otro lado, un grupo dentro de los CRITS tomó una actitud más política y más activa respecto al Derecho.

El movimiento adquirió una forma definitiva a fines de los años setenta cuando sus miembros, la mayoría de los cuales era de profesión abogado, comenzaron a dirigir agudas críticas contra el concepto clásico de Derecho del positivismo legal. En una conferencia realizada en el año 1977 en Madison, estado de Wisconsin en los Estados Unidos se reunieron los simpatizantes del movimiento y establecieron sus principios básicos. Parte del proceso fue pensar en la naturaleza del movimiento, llegando muchos a sostener que el movimiento no era sólo de tipo intelectual sino que era principalmente una misión política. Algún tiempo después esta corriente de los Estudios Legales se expandiría por las escuelas de Derecho Estado Unidenses atrayendo a muchos abogados progresistas que rechazaban la premisa de un Derecho descontaminado.

Kairys<sup>127</sup>, uno de los defensores del movimiento, decía que éste surgió en reacción a las percepciones populares sobre el Derecho como por ejemplo:

- El Derecho es claro, predecible y al alcance de todos.
- El proceso legal asegura que la verdad jurídica emerja en un caso.
- El resultado de un juicio es la aplicación objetiva del Derecho a los hechos.
- Cualquier juez razonable alcanza la decisión correcta. Los jueces no se equivocan.

Los miembros del movimiento tenían tres objetivos fundamentales: «el rechazo de la autonomía del derecho en el nombre de la política, la exposición de la tensión entre el discurso racional del derecho y sus valores fundamentales y el consecuente rechazo de la realidad del Estado de Derecho sosteniendo que todo derecho es finalmente indeterminado»<sup>128</sup>. La indeterminación aludía a que el conjunto del sistema jurídico no siempre tenía una respuesta específica para cada problema o cuestión jurídica, que era el argumento de los formalistas del Derecho. Los críticos del Derecho arguían que con el mismo material jurídico se podía llegar a soluciones diferentes y a veces contrarias, con lo cual cuestionaban la rigidez y supuesta objetividad del Derecho. Pretendían restaurar el protagonismo del individuo o grupo en la creación del Derecho y así desmitificar la idea de que el Derecho es autónomo y neutro<sup>129</sup>.

Los CRITS, como se denominaba a los miembros del movimiento, piensan que las ideas no son entidades autónomas sino que son creadas en estructuras históricamente contingentes y que ni el Derecho ni el Estado son entidades neutrales sino que están atravesadas por el poder. Son objeto de sus críticas el Derecho moderno, los discursos legales y los estudios legales tradicionales. El pensamiento y al discurso judicial eran examinados no como objetos autónomos sino ideológicos<sup>130</sup>.

<sup>127</sup> KAYRYS, David. Op. Cit.

<sup>128</sup> JACKSON, Bernard. Making sense in jurisprudence. United Kingdom: Deborah Carles Publications, 1996, p. 279.

<sup>129</sup> KAYRIS, David. Op. Cit.

<sup>130</sup> Ibid.

Su idea del Derecho es muy parecida al discurso de Foucault sobre el poder y el conocimiento: el Derecho es un grupo de discursos que afectan nuestras experiencias sociales, condicionando «*sutilmente cómo experimentamos la vida social*»<sup>131</sup>. Discurso es toda expresión de sentido formulado en un lenguaje que, en el caso del Derecho, es un lenguaje legal. El discurso legal alude a las «*maneras de hablar acerca del derecho [que] aparecen como argumentos técnicos extravagantes, [y] algunas veces como simple sentido común*»<sup>132</sup>. Los discursos legales tienden a expresar los intereses de los poderosos proyectando una justificación del orden social existente. Por lo tanto, el Derecho «*pone en vigencia, refleja, constituye y deslegitima las relaciones sociales y de poder dominantes sin necesidad de la apariencia de control desde afuera*»<sup>133</sup>.

Por medio de imágenes e ideales sobre cómo debería ser la vida social, el Derecho construye un imaginario que enmascara las desigualdades sociales y contribuye a reforzarlas. La agenda del movimiento CLS es «*aislar el discurso legal y ver cómo opera*», luego uno «*puede empezar a reinterpretarlo y obtener la energía y motivación para comprometerse en la acción política local que, a su turno, puede ayudar a cambiar el contexto social*»<sup>134</sup>. Foucault no fue el único académico que influyó en el pensamiento de los CRITS. También Marx, Engels, Weber, Marcuse, Gramsci, Derrida, Llewellyn y Hoebel contribuyeron a perfilar el pensamiento de los CLS.

Sin embargo, los Estudios Crítico-Legales fueron también objeto de críticas. La más importante destacaba que los CRITS habían dirigido sus cuestionamientos únicamente a la intención de los legisladores o jueces al formular el Derecho dejando de analizar las interpretaciones sociales sobre el Derecho o la recepción del Derecho por la gente común y corriente<sup>135</sup>. Hasta cierto punto son objeto de su propia crítica puesto que, si bien les atribuyen protagonismo a los jueces para reforzar el *status quo* mediante discursos legales, pasan por alto el protagonismo de la gente cuando modifica los discursos judiciales.

No obstante, algunos abogados que formaban parte del movimiento sí estudiaron las respuestas de la gente al Derecho del Estado. Una de estas manifestaciones fue el Derecho informal como un Derecho opuesto al Derecho estatal. En la conferencia nacional de CLS llevada a cabo en Madison, Wisconsin en 1978, se analizaron los fenómenos de «*justicia informal*». La justicia informal tal como era entendida por los CLS aludía a diversas experiencias legales que no eran burocráticas, surgían de la sociedad mayor y carecían de profesionales. En suma, estas experiencias eran caracterizadas como «*normas sustantivas y procesales vagas, no-escritas, de sentido común, flexibles, ad hoc, y particulares*»<sup>136</sup>.

El problema era que los CRITS seguían siendo estado-céntricos. Las explicaciones sobre los orígenes de estos fenómenos siempre apuntan al estado. La justicia informal se originaba por alguna falla de la justicia estatal, era una expresión del capitalismo, una reacción

<sup>131</sup> GORDON, Robert. *Law and ideology*. En: Tikkun 3, 1988, p.15.

<sup>132</sup> Ibid.

<sup>133</sup> KAYRIS, David. Op. Cit.

<sup>134</sup> GORDON, Colin. *Law and ideology*. En: Tikkun 3, 1988, p.16.

<sup>135</sup> JACKSON, Bernard. Op. Cit.

<sup>136</sup> ABEL, Richard. *Introduction*. En: ABEL, Richard (editor) *The politics of informal Justice*. Vol. 2, Comparative Studies. New York: Academic Press, 1982, p.2.

contra la politización del Derecho en los años sesenta, etc.<sup>137</sup>. En resumen, pensaban en la justicia informal como un fenómeno de reacción frente al Derecho estatal. El mismo nombre de *justicia informal* hace referencia a su opuesto, la justicia formal, contra la cual es comparada. De los ensayos que forman parte de los dos volúmenes editados por Abel<sup>138</sup>, he seleccionado sólo una muestra para dar una idea más amplia de sus intereses.

Spitzer<sup>139</sup> desafía la dicotomía entre la justicia formal e informal con una aproximación dialéctica. Básicamente, el autor afirma que la sustancia contradictoria del Derecho ocasiona su propia transformación dialéctica, pero esta transformación debe ser observada en formaciones socio-históricas particulares. Parece paradójico, sin embargo, que este autor dirija sus críticas contra la naturaleza dicotómica del Derecho haciendo uso de oposiciones binarias para ilustrar su argumento.

La tesis de que la justicia informal es funcional a la expansión de formas centralizadas de control social que eventualmente la absorben era un lugar común para los CLS.<sup>140</sup> En esta línea, Santos<sup>141</sup> sostiene que la naturaleza fragmentaria del estado capitalista no previene el ejercicio del dominio estatal sobre el *derecho indígena* sino que lo facilita. Santos diseña un marco conceptual estructural basado en categorías binarias. De acuerdo con Santos, los elementos de la legalidad capitalista –retórica, burocracia, y violencia- interactúan para integrar otras legalidades. Aunque Santos parece darle más atención a la resistencia que Spitzer, las experiencias de micro-resistencias pierden importancia en un cuadro en el que se enfatiza el poder del estado y su naturaleza capitalista. Ello es superado posteriormente en su artículo publicado en el segundo volumen de este libro que trata sobre experiencias de justicia informal<sup>142</sup>.

En su artículo «*La organización social de la mediación en las sociedades no-industriales*», Merry<sup>143</sup> busca echar luces sobre la mediación estadounidense contemporánea comparando el mismo fenómeno en sociedades no-industriales. Ella cuestiona las premisas que idealizaron la mediación en Estados Unidos en esa época comparando algunos patrones de los procesos de mediación en sociedades de menor escala. Merry señala las contradicciones entre orden y libertad individual que existen en el discurso sobre la mediación y advierte que en sociedades con un gobierno centralizado la mediación podría reforzar las desigualdades sociales.

Meschievitz y Galanter<sup>144</sup> exploran la naturaleza ideológica de los Nyaya Panchayats o cortes comunales Hindúes y la comparan con sus características reales. Durante el período colonial esta institución consuetudinaria falló al no introducir un cambio social cualitativo en la India perdiendo su potencial como *justicia de base*. A pesar de que el declive de esta institución es evidente debido a una carga procesal muy baja, el estado insiste en mantenerla. Este hecho, anotan los autores, es un indicador de la naturaleza contradictoria de la ideología estatal.

Spence<sup>145</sup> cuenta la historia de dos proyectos legales que emergieron en medio de un gran cambio político en Chile. La «*Corte vecinal profesional*» apoyada por el partido de centro *Democracia Cristiana* y las «*Cortes de Asentamientos Humanos marginales*» apoyadas por el MIR<sup>146</sup>. Ambas propuestas ocuparon la arena legal durante el gobierno de Allende a inicios de los años setenta. Mientras que el primer proyecto consistía en que los jueces fueran a barrios pobres a resolver conflictos en un tiempo muy corto, el segundo proyecto promovía que los habitantes de los asentamientos urbano-marginales se organizaran para administrar justicia. Ninguna de estas experiencias tuvo éxito y las causas del fracaso fueron atribuidas a la falta de objetivos concretos y de conocimiento del tipo de conflictos a ser resueltos. Mientras que la particularidad histórica de ambas experiencias es un elemento clave en el análisis de Spence, el autor olvida mencionar el carácter impositivo de ambos experimentos como una razón que explica su fracaso.

En el segundo volumen de «*La política de la justicia informal*»<sup>147</sup>, Santos<sup>148</sup> analiza lo que él denomina *legalidad revolucionaria* surgida en Portugal durante los años 1974 y 1975. Este tipo de justicia popular nace en un contexto de cambios revolucionarios. La soberanía popular y el auto-gobierno caracterizaron la cristalización de los tribunales populares que se apropiaron de facultades legales para afirmar la *legalidad revolucionaria* en casos específicos. Como un producto del conflicto de clases, estos tribunales desaparecieron finalmente cuando el movimiento anti-fascista que los apoyaba fue vencido por una facción militar conservadora en Portugal de 1976.

Otra experiencia de justicia popular o informal tiene lugar en Estados Unidos a fines de los años setenta: *San Francisco Community Boards* (SFCB) (Juntas Comunales de San Francisco). El proyecto de las juntas comunales representaba, al menos idealmente, la materialización de la normatividad y de los procesos de resolución de conflictos opuestos al estado. A tono con la *legalidad revolucionaria* portuguesa de la que Santos hablaba<sup>149</sup>, las juntas comunales simbolizaron en un primer momento la «*soberanía popular [y el] gobierno*»

<sup>137</sup> ABEL, Richard. *The contradictions of informal justice*. En: ABEL, Richard (editor) *The politics of informal justice*. Vol. 1, *The American Experience*. New York: Academic Press, 1982, pp. 267-320.

<sup>138</sup> ABEL, Richard. *The politics of informal justice*. New York: Academic Press, 2 Vols., 1982.

<sup>139</sup> SPITZER, Steven. *The dialectics of formal and informal control*. En: ABEL, R. (editor) *The politics of informal justice*. Vol. 1, *The American experience*. New York: Academic Press, 1982, pp. 167-206.

<sup>140</sup> Véase SPITZER, Steven. Op. Cit.

<sup>141</sup> SANTOS, Boa Ventura de Sousa. *Law and community: the changing nature of state power in late capitalism*. En: ABEL, R. (editor) *The politics of informal justice*. Vol. 1, *The American experience*. New York: Academic Press, 1982, pp. 249-266.

<sup>142</sup> SANTOS, Boa Ventura de Sousa. *Law and revolution in Portugal: the experiences of popular justice after the 25<sup>th</sup> of April 1974*. En: ABEL, R. (editor) *The politics of informal justice*. Vol.2, *Comparative studies*. New York: Academic Press, 1982, pp. 251-280.

<sup>143</sup> MERRY, Sally E. *The social organization of mediation in nonindustrial societies: Implications for informal justice in America*. En: ABEL, R. (editor) *The politics of informal justice*. Vol. 2, *Comparative studies*. New York: Academic Press, 1982, pp. 17-46.

<sup>144</sup> MESCHIEVITZ, Catherine y GALLANTER, Marc. *In search of Nyaya Panchayats: The politics of a moribund institution*. En: ABEL, R. (editor) *The politics of informal justice*. Vol. 2, *Comparative studies*. New York: Academic Press, 1982, pp. 47-80.

<sup>145</sup> SPENCE, Jack. *Institutionalizing neighborhood courts: two Chilean experiences*. En: ABEL, R. (editor) *The Politics of Informal Justice*. Vol.2, *Comparative Studies*. New York: Academic Press, 1982, pp. 215-250.

<sup>146</sup> El *Movimiento de Izquierda Revolucionario* (MIR) apoyaba al gobierno chileno durante los años setenta.

<sup>147</sup> ABEL, Richard. *Introduction*. En: ABEL, R. (editor) *The politics of informal Justice*. Vol. 2, *The American Experience*. New York: Academic Press, 1982, pp. 1-16.

<sup>148</sup> ABEL, Richard. *Ibid.*

<sup>149</sup> ABEL, Richard. *Ibid.*

directo», poder autónomo para los jueces, y muy poca institucionalización y especialización<sup>150</sup>. Pero, diversos autores cuestionarían y demitificarían estas premisas en el libro «*La Posibilidad de la Justicia Popular*»<sup>151</sup>.

La relación de la justicia popular con el estado es analizada por Merry<sup>152</sup>, quien expone claramente los lazos entre la justicia popular, el Estado y el Derecho indígena o local. Estas tres entidades constituyen un campo social muy dinámico en el que la influencia mutua es la regla. Al desconocer este hecho, aquellos que abogan por la justicia popular la idealizan y construyen una serie de imágenes idílicas sobre comunidades atemporales e individuos pacíficos. Para Merry, la justicia popular es un fenómeno social distinto del Derecho estatal pero que mantiene una estrecha relación con éste: «*es la arena donde el Estado controla las luchas de la gente mediante el control local*»<sup>153</sup>. La justicia popular se alinea con el estado debido fundamentalmente a que no representa una amenaza al *status quo*.

Yngvesson<sup>154</sup> analiza la «política de la producción de una ideología de *empoderamiento* comunal»<sup>155</sup>. En lugar de cuestionar los aspectos más trascendentes de los casos, indica la autora, los procesos de resolución de conflictos de las Juntas Comunales de San Francisco intentan construir una visión romántica e idealizada de la comunidad en un ámbito social donde no son los valores compartidos sino las diferencias estructurales las que caracterizan a los individuos. De manera similar, Harrington<sup>156</sup> examina la política de la resolución de conflictos observando el funcionamiento de las Juntas Comunales. Harrington rechaza la supuesta autonomía que se le atribuye a la mediación e indica más bien que las Juntas Comunales son experimentos neo-populistas de naturaleza fundamentalmente conservadora.

En su artículo «*Cuándo es la Justicia Popular, Popular?*»<sup>157</sup>, Nader cuestiona la premisa de que los movimientos de «*justicia popular*» se originan desde abajo. Basándose en la experiencia de las Juntas Comunales de San Francisco, la autora demuestra que estos movimientos no surgen desde abajo sino que surgen más bien de *centros de poder* desde donde se intenta «*controlar a las poblaciones locales*». Usando el método comparativo, Nader contrasta esta

experiencia con el Proyecto San Francisco de la Acción del Consumidor. A diferencia del primero, en este último sí existe la intención de prevenir el conflicto social puesto que las causas reales de los problemas sociales sí son analizadas. Así, Nader revela la naturaleza ideológica del control que ejercen las Juntas Comunales de San Francisco que, lejos de promover la justicia, desconocen las diferencias de poder y eliminan los reclamos legales en nombre de una comunidad que no existe en la realidad.

Finalmente, Fitzpatrick<sup>158</sup> también descubre los fundamentos mitológicos de la justicia popular en el caso específico de las Juntas Comunales de San Francisco. Para él, la justicia popular o informal es mítica no sólo porque se afirma a sí misma en oposición al Derecho formal. Otros factores tales como la *esencialización* del Derecho formal, la *naturalización* de la comunidad y del individuo, la existencia de valores comunales trascendentes y la noción de representación en una comunidad inventada constituyen los fundamentos míticos de la justicia popular. Finalmente, el autor rescata la posibilidad de configurar tal Derecho haciendo visibles y claros los valores e intereses que éste comparte con el Derecho formal.

### 3.3.5 Resolución alternativa de conflictos

El movimiento de la *Resolución Alternativa de Conflictos* (RAC) lleva en el escenario legal estadounidense más de veinte años. Empezó como una reacción contra el movimiento de los Derechos civiles en los Estados Unidos durante los años sesenta y sigue expandiéndose incluso más allá de las fronteras de ese país. El desarrollo de este movimiento y su constante expansión subraya su importancia en la configuración de una para-legalidad *universal* apoyada por el sector privado, gobiernos e instituciones financieras. En esta sección intento dar cuenta de las críticas contra este movimiento, enfatizando la vinculación del mismo a intereses ideológicos particulares, describiendo su expansión a principios de los años noventa y destacando su tendencia difusionista en países como Filipinas.

En «*La Explosión de la RAC – Las Implicancias de la Retórica en la Reforma Legal*»<sup>159</sup> Nader explora la retórica de la Resolución Alternativa de Conflictos como un tipo de control hegemónico indirecto. Ella examina las razones del súbito apoyo a la RAC en oposición al modelo adversarial de justicia, el significado del modelo de la *ideología de la armonía* en términos del mantenimiento o cambio del *status quo*, y las consecuencias que trajo este modelo en los procesos de resolución de conflictos en los Estados Unidos.

La virtual explosión de la retórica de la resolución alternativa de conflictos es examinada por Nader como un viraje ideológico en los Estados Unidos de los años 70. La autora sugiere que hay lazos significativos entre los negocios, el Derecho, y sus aliados en las comunidades. Estos vínculos juegan un papel fundamental porque refuerzan ciertas premisas ideológicas que pintan al Derecho estatal como incapaz para resolver conflictos y a los estadounidenses como gente especialmente conflictiva. Nader descubre los orígenes de la

<sup>150</sup> MERRY, Sally E. y MILNER, Neal. *Introduction*. En: *The possibility of popular justice: a case study of community mediation in the United States*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1993, pp. 3-30.

<sup>151</sup> *Ibid.*

<sup>152</sup> MERRY, Sally E. *Sorting out popular justice*. En: MERRY, S. y MILNER, N. (editores) *The possibility of popular justice: a case study of community mediation in the United States*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1993, pp. 31-66.

<sup>153</sup> *Ibid.* p. 56.

<sup>154</sup> YNGVESSON, Barbara. *Local people, local problems and neighbourhood justice. The discourse of community in San Francisco community Boards*. En: MERRY y MILNER (editores) *The possibility of popular justice: a case study of community mediation in the United States*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1993, pp. 379-400.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 382.

<sup>156</sup> HARRINGTON, Christine. *Community organizing through conflict resolution*. En: MERRY y MILNER (editores). *The possibility of popular justice: a case study of community mediation in the United States*. Ann Arbor: the University of Michigan Press, 1993, pp. 401-434.

<sup>157</sup> NADER, Laura. *When is popular justice, popular?*. En: MERRY y MILNER (editores) *The possibility of popular justice: a case study of community mediation in the United States*. Ann Arbor: the University of Michigan Press, 1993, 435-452.

<sup>158</sup> FITZPATRICK, Peter. *The impossibility of popular justice*. En: MERRY y MILNER (editores) *The possibility of popular justice: a case study of community mediation in the United States*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1993, pp. 453-474.

<sup>159</sup> NADER, Laura. *The ADR explosion: the implications of rhetoric in legal reform*. En: *Windsor Yearbook of Access to Justice*. Notario: University of Windsor, Spring, 1989, pp. 269-291.

retórica de la resolución alternativa de conflictos en la Conferencia Roscoe Pound «*Perspectivas sobre la Justicia en el Futuro*» (1976), donde el Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos destacó los beneficios de la resolución alternativa de conflictos como una justicia informal que, mediante el arbitraje y la mediación, «*promueve la paz en lugar de situaciones de ganadores-o-perdedores*».

La retórica de la RAC se construye con jerga psicológica y apela a oposiciones binarias tales como *civilizados versus salvajes*. Según los defensores de estos métodos, en un conflicto las partes no tienen intereses contrapuestos, por lo tanto los *negociadores* deben convencer a las partes de que sus intereses no son opuestos sino complementarios. Este proceso de convencimiento es un proceso ideológico en el que la jerga psicológica juega un rol fundamental. Aquellos que *no* son convencidos de que sus intereses son similares a los de su contraparte son calificados como pleitistas o incivilizados; mientras que aquellos que sí son convencidos son tratados como civilizados. Para el presidente de la Corte Suprema de los EE. UU., la resolución alternativa de conflictos era una misión civilizadora que suponía rechazar los bárbaros métodos adversariales de justicia.

Los que promovían la resolución alternativa de conflictos (RAC) también aseguraban que el poder judicial era deficiente puesto que no podía manejar tal explosión de la carga procesal y por ello la RAC era una alternativa ideal. Nader revela la falsedad de la supuesta explosión de la carga procesal. En efecto, en un artículo escrito por Marc Galanter<sup>160</sup> citado por Nader, el autor demuestra que los números mencionados por los defensores de la RAC para probar la supuesta explosión de la carga procesal en Estados Unidos no corresponden a la realidad. Galanter comprueba que muchos de estos casos son resueltos por medio de la negociación, no son adjudicados, son abandonados o son retirados. Es más, los casos civiles que llenan las cortes federales no son conflictos entre individuos y corporaciones sino conflictos entre compañías o grandes corporaciones.

Como menciona Nader, uno de los pilares sobre el que se construye esta ideología es la *retórica de la armonía* que usa palabras para transformar a los sujetos en individuos que no cuestionen el *statu quo*. De esta forma, los que critican la violación de sus Derechos y que consecuentemente demandan y exigen el respeto de esos Derechos son llamados *bárbaros, conflictivos o busca pleitos*; mientras que aquellos que no demandan y más bien negocian sus demandas son *ciudadanos civilizados*. En su análisis del discurso del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Nader descubre que la retórica de la RAC se caracteriza por un «*idioma [que] seguía un código y una fórmula muy estrictos que combinaba grupos de significados como forma de control político*»<sup>161</sup>. La *ideología de la armonía* ejerce este control político para construir sujetos *manipulables* que opten por *negociar* sus Derechos en lugar de hacerlos respetar legalmente.

De esta manera, la resolución alternativa de conflictos renuncia a la justicia porque no trata ni soluciona las causas fundamentales del

conflicto. Sólo ofrece un tratamiento psicológico al individuo, lo cual contribuye a mantener la injusticia. Finalmente, Nader compara los métodos de la RAC con las «*estrategias de pacificación comunes a las situaciones coloniales de la regla indirecta*» y denuncia la naturaleza hegemónica de este tipo de control cultural al que denomina *ideología de la armonía*.

En «*El futuro de la resolución alternativa de conflictos: reflexiones sobre la RAC como un movimiento social*»<sup>162</sup>, Peter Adler presenta un argumento a favor de la RAC. Luego de caracterizar la resolución alternativa de conflictos como un movimiento social, el autor pasa a documentar la expansión de la RAC en Estados Unidos. Posteriormente destaca las similitudes entre las distintas formas de RAC, y finalmente predice el futuro del movimiento. Adler describe la RAC como «*modos de alcanzar acuerdos*» consensuales y no-violentos que incluyen formas de arbitraje y mediación promovidas desde la administración estatal y el poder judicial<sup>163</sup>. Diferencia estas formas de los procesos formales de resolución de conflictos haciendo hincapié en que los métodos informales complementan la adjudicación y el litigio.

El autor menciona algunos datos estadísticos sobre la expansión de la RAC en los Estados Unidos que el mismo poder judicial promovió. Una encuesta de la Conferencia de los Administradores de la Corte Estatal (COSCA) reportó 458 programas en 44 Estados y el Instituto Nacional para la Resolución de Conflictos informó que en las décadas del ochenta y noventa había al menos un centro de justicia vecinal en aproximadamente 43 Estados.

Adler, sin embargo, confunde la práctica con los postulados de la RAC. Por ejemplo, él menciona que la mediación es el corazón de la RAC porque logra que las partes «*se ayuden una a otra clarificando y articulando sus intereses, y los asisten para que inventen o negocien soluciones*»<sup>164</sup>. Aquí el autor se refiere al *ideal* del proceso de mediación pero lo retrata como un hecho real. De cualquier manera, esta afirmación revela que la mediación asume que las partes no saben cuáles son sus intereses y la mediación les ayuda a clarificarlos. Cuando Adler sí reconoce que ha existido un «*lado sórdido*» de la RAC, indica que éste pertenece al pasado y afirma que la «*negociación como una actividad socio-legal sería y legítima...parece ser algo nuevo*»<sup>165</sup>.

Adler piensa que la profesionalización de los mediadores, entre otros aspectos, ha servido para mejorar, validar y legitimar la negociación como método alternativo de resolución de conflictos. Sin embargo, en su evaluación de los métodos de RAC el autor desconoce la opinión de los participantes como si ésta no fuera relevante. En una sección del artículo menciona a cierto tipo de usuarios de estos métodos (i.e. hombres de negocios) pero, en general, abusa del término *la gente* cayendo así en una burda generalización. Señala, asimismo, que muchos hombres de negocios prefieren la resolución alternativa de conflictos a los procesos judiciales. Para ellos, el litigio es

<sup>160</sup> GALANTER, Mark. *Reading the landscape of disputes: what we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society*. En: UCLA Law Review N° 31, 1983.

<sup>161</sup> NADER, Laura. *The ADR explosion: the implications of rhetoric in legal reform*. En: Windsor Yearbook of Access to Justice. Notario: University of Windsor, Spring, 1989, p. 275.

<sup>162</sup> ADLER, Peter S. *The future of Alternative Dispute Resolution: Reflections on ADR as a social movement*. En: MERRY y MILNER (editores) *The possibility of popular justice: A study of community mediation in the United States*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1993, pp. 67-88.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p.69.

<sup>165</sup> *Ibid.*

«demasiado costoso y consume mucho tiempo, [es] demasiado disociador de relaciones continuas, demasiado incierto en sus resultados, [e implica] demasiada pérdida de talento y energía»<sup>166</sup>. Algunas corporaciones como AT&T, Chrysler, Goodyear, J.C. Penny, Standard Oil, Motorola, Union Carbide y Westinghouse son usuarios recurrentes de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Si bien Adler asegura que estos métodos sólo complementan la justicia formal, las críticas infundadas que dirige contra las instituciones judiciales y el Derecho estatal hacen que la resolución alternativa de conflictos se perfila en su artículo como la única posibilidad de lograr justicia. Así por ejemplo, el Derecho y las normas legales son, desde su punto de vista, complicados y crean incertidumbre en la gente, razón por la cual, sostiene el autor, las personas buscan certezas en la negociación.

También afirma que la mediación crea Derechos pero no lo demuestra. Por otro lado indica que, a diferencia de la justicia formal, el objetivo de la mediación es transformar «batallas sobre derechos en un análisis y engranaje de intereses»<sup>167</sup>. La resolución de conflictos estatal es representada como un campo de batalla, un método bárbaro e irracional que no toma en cuenta los intereses de las partes. Para él, «la defensa legal y los procesos adversariales como medios de asegurar derechos» son viejos mitos que deben ser superados mediante la resolución alternativa de conflictos<sup>168</sup>. El autor insiste en que los centros de resolución alternativa de conflictos son atractivos porque ofrecen lo que la gente necesita, esto es, una reducción de la carga procesal y fácil acceso a la justicia. La carencia de evidencias que prueben sus afirmaciones hace defectuosa su defensa y promoción de los métodos de RAC.

Sus referencias a los contextos económicos y sociales en los que se originaron estos mecanismos son bastante ambigüas. Las críticas dirigidas contra estos métodos son largamente ignoradas por el autor. Adler pronostica que estos mecanismos serán progresivamente aplicados por el mismo poder judicial porque los jueces y los abogados están siendo bien entrenados en el funcionamiento y la filosofía de la resolución alternativa de conflictos. Finalmente, el autor predice que las desigualdades sociales traerán consigo la «reemergencia de un pensamiento orientado a los derechos civiles» y «una nueva radicalidad»; entonces los mecanismos alternativos de resolución de conflictos serán vistos como anacrónicos.

A diferencia de Adler, los autores Avruch y Black<sup>169</sup> creen que la RAC está siendo exportada precisamente para prevenir el surgimiento de un futuro movimiento por los derechos civiles. Ellos exploran el papel de la Antropología en la conceptualización de la RAC y usan un caso para analizar cómo estos mecanismos forman parte de la ingeniería legal diseñada por Estados Unidos para ser aplicada en otros países sin tomar en consideración los patrones culturales del país receptor.

Según los autores, los métodos alternativos de conflictos fueron popularizados desde las escuelas de Derecho. Inspirado por la etnografía de James Gibbs sobre los tribunales Kpelle, Richard Danzing de la Universidad de Stanford se imaginó un modelo de justicia para casos *sin importancia*. El antropólogo William Felstiner criticó enérgicamente la interpretación de Danzing sobre estos tribunales puesto que desvanecía cualquier referencia cultural. Ante esta crítica, Danzing respondió que el proceso de mediación era intercultural y por lo tanto podía aplicarse en cualquier sociedad. Ciertamente, la promoción de estos mecanismos estaba teñida de intereses políticos que apuntaban a establecer herramientas sencillas de control social. El control del individuo era, en esta visión, una tarea mucho más viable que el análisis y la prevención de la injusticia: «al concentrarse en remedios individuales...la resolución alternativa de conflictos niega problemáticas macroestructurales de poder y desigualdad»<sup>170</sup>.

La mercantilización y exportación de los medios alternativos de conflictos a otros países está aumentando progresivamente. Muchos intereses comerciales están ligados a los objetivos políticos del gobierno de Estados Unidos que promueve estos mecanismos brindando apoyo financiero «es, en gran parte, una manera de difundir el evangelio del capitalismo americano»<sup>171</sup>. Estos mecanismos han sido introducidos no sólo en países nuevos como los que formaban la antigua Unión Soviética, sino que también han sido llevados a Palau, un país afiliado a Estados Unidos ubicado en las Filipinas.

La influencia de Estados Unidos en este país se ha dejado sentir a través de programas elaborados por la burocracia federal Americana que no considera el contexto socio-cultural de Palau. Basados en esta evidencia, Avruch y Black indican que en un futuro cercano los medios alternativos de conflictos serán un producto de exportación americano a Palau, pero advierten que «si no se presta atención a la cultura, se garantiza que cualquier resolución alternativa de conflictos recientemente instituida en Palau no funcione tal como ha sido publicitado»<sup>172</sup>. Los autores sugieren que la decisión de implementar y diseñar los medios alternativos de conflictos en este país debería estar en las manos de los habitantes de Palau; «una Resolución Alternativa de Conflictos diseñada...incluso subvertida? por los habitantes de Palau es preferible a una impuesta por los Americanos»<sup>173</sup>.

Evidentemente, la promoción de estos mecanismos alternativos por parte del gobierno de los Estados Unidos es la clave para entender su hegemonía mundial. El blanco de la RAC no es únicamente la población americana sino que a través del financiamiento americano muchos otros países están siendo convencidos para adoptar estos mecanismos. La resolución alternativa de conflictos ha sido y sigue siendo usada como un tipo de «soma cultural»<sup>174</sup>, como una herramienta de ingeniería social. En la época colonial la ideología de la armonía que estos mecanismos promovieron fue introducida por misioneros y colonizadores para dominar sociedades de pequeña escala en África, Latino América, Polinesia y Micronesia<sup>175</sup>. Siglos des-

<sup>166</sup> Ibid., p. 74.

<sup>167</sup> Ibid., p.74.

<sup>168</sup> Ibid., p.75.

<sup>169</sup> AVRUCH, Kevin y BLACK, Peter. *ADR, Palau and the contribution of Anthropology*. En: ALVIN W. Wolfe y Honggang Yang (editores) *Anthropological contributions to conflict resolution*, Southern Anthropological Society Proceedings Nº29. Athens & London: The University of Georgia Press, 1996.

<sup>170</sup> Ibid., p. 52.

<sup>171</sup> Ibid., p. 53.

<sup>172</sup> Ibid., p. 54.

<sup>173</sup> Ibid., p. 61.

<sup>174</sup> NADER, Laura. *Harmony models and the construction of law*. En: AVRUCH K., BLACK P. y SCIMECCA J. (editores) *Conflict resolution: cross-cultural perspectives*, New York: Greenwood Press, 1991, pp. 41-59.

<sup>175</sup> NADER, Laura. *Harmony ideology. Justice and control in a Zapotec mountain village*. California: Stanford University Press, 1990.

pués el modelo de la armonía es importado por ciertos grupos en los Estados Unidos como si fuera auténticamente *nativo*. Actualmente, el modelo de la armonía vuelve a salir del centro hacia la periferia mediante su exportación desde los Estados Unidos hacia los países del tercer mundo con los mismos objetivos políticos de dominación. De esta manera, el proceso de expansión de la resolución alternativa de conflictos ha dado la vuelta al mundo.

#### 4. El Pluralismo Legal durante los años ochenta

El Pluralismo Legal ha sido un tema recurrente en la Antropología del Derecho, pero fue en la era post-colonial que los académicos norteamericanos le prestaron mayor atención al fenómeno. Durante los años cincuenta y sesenta, algunos antropólogos empezaron a explorar la multiplicidad de órdenes legales que coexistían en el mismo ambiente social. Veinte años después el interés por el Pluralismo Legal se expandió en los foros académicos de la Antropología y los estudios legales. La variedad de aproximaciones al Pluralismo Legal refleja no sólo la complejidad de los fenómenos investigados sino también las diferencias de enfoque entre los abogados y los antropólogos que se ocuparon del tema. En esta sección ofreceré un breve panorama del Pluralismo Legal.

En una revisión de la etnografía del Derecho, Nader<sup>176</sup> menciona que la preferencia de los antropólogos por preguntas de tipo más empírico los llevó a explorar la multiplicidad de fenómenos legales: «en cada sociedad existía una multiplicidad de marcos legales que correspondían a la multiplicidad de grupos dentro de esa sociedad que podían ser independientes del otro, interdependientes, interpenetrantes, o los tres»<sup>177</sup>. Aunque académicos como Durkheim estuvieron interesados en el Pluralismo Legal en el siglo XIX, la mayoría de ellos empezaron sus investigaciones a partir de 1950<sup>178</sup>.

En su análisis estructuralista del Pluralismo Legal, Pospisil<sup>179</sup> atribuye importancia a la variedad de estructuras sociales. Según el autor, un erróneo pensamiento binario que solía ver a la sociedad y el Estado como opuestos impidió que muchos académicos entendieran que la sociedad es un compuesto de múltiples grupos sociales que se yuxtaponen unos a otros. El autor afirma que ninguna sociedad «posee un sistema legal único y consistente, sino tantos sistemas como subgrupos operan. Por el contrario, cada subgrupo de la sociedad regula las relaciones de sus miembros con su propio sistema legal que es por necesidad distinto, al menos en algunos aspectos, a los de los otros sub-grupos»<sup>180</sup>.

El objetivo de Pospisil es restaurar la habilidad de los subgrupos sociales para crear y aplicar el Derecho. Para ello menciona a Evans-Pritchard quien sostenía que el Derecho no era parte de la sociedad africana Nuer pero sí de los subgrupos Nuer que solían resolver sus conflictos de acuerdo con normas de Derecho muy particulares. A semejanza de los Nuer, los Nunamiut Eskimo de Alaska conforman una sociedad con más de dos sistemas legales que operan simultáneamente.

Pospisil indica que este tipo de enfoque aporta evidencia empírica al mostrar una realidad de «grupos autónomos o semiautónomos con líderes con distintas personalidades, habilidades, educación, y experiencia»<sup>181</sup>. Dentro de estos grupos, las decisiones de sus líderes eran sustancialmente legales puesto que estaban basadas en sus propios sistemas legales. Él no duda en denominar Derecho a estos sistemas si es que reúnen cuatro características: la decisión de una autoridad, la intención de aplicación universal, la *obligatio*, y la sanción.

Más bien tímidamente, Pospisil menciona que factores externos como la colonización originan una pluralidad interna de sistemas legales cuando modifican el *centro del poder legal*. No obstante, la multiplicidad de Derechos puede ser originada por otros factores. En sociedades industrializadas como Estados Unidos, distintos grupos sociales cuentan con *derechos* distintos. Cada subgrupo tiene un grado específico de inclusión y un *sistema legal* correlativo. Cada nivel legal es el conjunto de sistemas legales que corresponden a una clase de subgrupo como la familia, la comunidad, etc.; pero también se caracteriza por ser esencialmente dinámico. Este modelo es jerárquico en la medida que implica que los niveles legales están ubicados uno sobre otro. El Derecho es diferente no sólo entre niveles legales, sino también dentro del mismo nivel legal, esto es, entre grupos similares. Consecuentemente, un individuo está expuesto a una variedad de sistemas legales debido a su participación en un sin número de grupos sociales que pueden incluso ser opuestos como la mafia y la Iglesia.

Sin dejar de lado al Estado, Pospisil analiza pormenorizadamente la idea de sociedad y explora lo *político* en cada instancia social. De acuerdo con el autor, «el dogma que considera que el derecho estatal es la fuente más poderosa de control social es un mito en algunas instancias en nuestra civilización occidental»<sup>182</sup>. Pospisil afirma que el control social «es una necesidad vital para cualquier grupo o subgrupo social. Como consecuencia, en una sociedad determinada habrá tantos sistemas legales cuantas unidades sociales funcionen»<sup>183</sup>.

A semejanza de Pospisil, el análisis de Moore sobre el Pluralismo Legal también considera la estructura social. Pero Moore da un paso más allá al reflexionar sobre el Pluralismo Legal ligado principalmente al cambio social. La antropóloga se pregunta si y de qué manera el Derecho es una herramienta efectiva de ingeniería social; cómo se usa el Derecho para alterar otras estructuras sociales y ordenamientos legales y cuál es el resultado de esta ingeniería social. Como pauta metodológica, la autora sugiere que los antropólogos deberíamos observar los ámbitos sociales como semi-autónomos. La semi-autonomía consiste en «el hecho de que [un ámbito social] puede generar normas, costumbres y símbolos internamente, y ser también vulnerable a normas y decisiones y a otras fuerzas que emanan del mundo más amplio del que está rodeado»<sup>184</sup>. La idea del campo o ámbito social es aplicable tanto a las sociedades occidentales como a las no-occidentales puesto que en toda sociedad el individuo pertenece a una multiplicidad de campos sociales que le imponen costumbres y normas.

<sup>176</sup> NADER, Laura. *The anthropological study of law*. En: NADER, L. (editora) *American Anthropologist, Special Issue: The Ethnology of Law*, 1965, pp. 3-32.

<sup>177</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>178</sup> *Ibid.*

<sup>179</sup> POSPISIL, Leopold. *Anthropology of law. A comparative theory*. New Haven: HRAF, 1974.

<sup>180</sup> *Ibid.*, 98-99.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>184</sup> MOORE, Sally F. *Law as process. An anthropological approach*. London: Routledge and Kegan Paul, 1978, p. 55.

Moore describe la dinámica de los campos sociales en dos casos: la industria del vestido en Nueva York y el cambio legal en Tanzania, África. La autora explica que hay ciertos principios estructurales sobre los cuales se basa el funcionamiento de los campos sociales. En el caso de la industria del vestir, existen ciertas costumbres y normas que son ampliamente reconocidas por todos los participantes en ese negocio, desde el jefe hasta los trabajadores. Estas normas no son coercitivas en el sentido legal del término pero su obediencia está fundada en presiones económicas que son más opresivas. Estas prácticas son obligaciones *morales* que generalmente transgreden normas legales. Sin embargo, los actores sociales piensan que esta transgresión es necesaria para el éxito de la industria. En esta figura, cada uno de los actores sociales tiene algo que es de importancia para el otro de tal manera que, eventualmente, todos resultan siendo mutuamente dependientes. La idea de Moore sobre la semi-autonomía es similar al análisis de Malinowski sobre la reciprocidad como elemento vinculante.

Según Moore, «*el campo social es semi-autónomo no sólo porque puede ser afectado por la dirección de fuerzas externas que interfieren en éste sino también porque las personas al interior del campo social pueden movilizar esas fuerzas externas o amenazar con hacerlo en sus tratos con otros*»<sup>185</sup>. Pero estas amenazas dependen de las necesidades de los miembros que integran ese campo social pues éstos no pueden ir más allá de ciertos principios básicos reconocidos. Por ejemplo, una trabajadora no podría *amenazar* a su jefe con una denuncia por acoso sexual porque perdería su empleo. Probablemente debido a ello es que Moore insiste que las normas legales son insignificantes en estos contextos.

En el caso de Chagga, Moore describe tres intentos gubernamentales de cambio social durante los años sesenta: la abolición de la propiedad privada de la tierra, la formación de las celdas TANU y la abolición de las jefaturas tradicionales. Ninguna de estas medidas legales afectaron totalmente a la sociedad rural Chagga como había sido planeado inicialmente. Por el contrario, los efectos inesperados de estas prácticas gubernamentales reforzaron significativamente la situación política que existía anteriormente dentro de las aldeas, especialmente, las relaciones sociales al interior de los linajes y de los barrios. Como corolario, Moore indica que «*en la situación de Chagga como en muchas otras, mucho de lo nuevo coexiste con y modifica lo viejo, en lugar de reemplazarlo completamente*»<sup>186</sup>.

Cabe mencionar algunas observaciones sobre esta teoría. Si bien «*el concepto de campo social semi-autónomo es una manera de definir un problema de investigación*»<sup>187</sup> su énfasis en la interdependencia de las relaciones sociales entre los miembros de un campo social encubre las diferencias de poder fuera y dentro de cada espacio social. En el caso de la industria del vestir no se hace ninguna referencia respecto a las presiones externas del mercado de trabajo que obligan a los trabajadores a aceptar esa especie de *amistad ficticia* y las *costumbres del negocio*, como tampoco se menciona el poder del jefe para obligar a los trabajadores a aceptar *mutuos favores*.

Por otro lado, la diferenciación conceptual que hace la autora entre normas de *derecho* y *otras normas* no sólo descansa en la

ideología del centralismo legal<sup>188</sup>, sino que hace que la dinámica entre los distintos *tipos* de normas sea problemática. Su afirmación de que algunas obligaciones morales desafían normas legales es debatible porque si las normas morales y legales son de distinto orden y pertenecen a universos diferentes no puede afirmarse que las primeras transgreden las segundas puesto que no actúan en el mismo espacio social ni tienen el mismo rango legal.

Griffiths tiene un enfoque legal sobre el Pluralismo Legal. A diferencia de los antropólogos, Griffiths ve el Pluralismo Legal como abogado; es decir, no sólo como un fenómeno social sino sobre todo como un argumento para combatir la ideología del centralismo o monismo legal defendida por abogados tradicionales que sostienen que el Derecho proviene única y exclusivamente del Estado. Esta lucha no es necesaria para los antropólogos pues ellos no conciben que el Estado sea el único productor de Derecho.

Griffiths empieza por enunciar su objetivo: delinear una teoría descriptiva del Pluralismo Legal para identificar los fenómenos legales. Para este académico del Derecho el Pluralismo Legal es «*aquel estado de cosas, para cualquier campo social, en el que ocurre un comportamiento basado en más de un orden legal [...] El pluralismo legal es sobre todo un atributo de un campo social*»<sup>189</sup>. Cuestiona la ideología del Centralismo Legal que considera que el Derecho es producido y administrado exclusivamente por el Estado: «*el pluralismo legal es un hecho, el centralismo legal es un mito*»<sup>190</sup>. Griffiths cree que para elaborar una teoría descriptiva del Derecho esta ideología debe ser destruida.

Según Griffiths, existen dos clases de Pluralismo Legal. El Pluralismo Legal engendrado al interior de la ideología del centralismo legal es denominado *pluralismo legal débil*. Este tipo de Pluralismo Legal usualmente reconocido por el Estado es un instrumento político en la medida en que es un *compromiso confuso* que el Estado se siente obligado a hacer debido a la presión de los grupos sociales. Pero este compromiso es transitorio pues durará únicamente hasta que la realidad sea completamente homogeneizada por el Estado. Por lo tanto, el Pluralismo Legal débil es transitorio por definición.

Por otro lado, el Pluralismo Jurídico fuerte «*se refiere a la heterogeneidad normativa concomitante al hecho de que la acción social siempre tiene lugar en un contexto de campos sociales semi-autónomos múltiples y superpuestos, lo que en la práctica es una condición dinámica*»<sup>191</sup>. Griffiths diferencia el reconocimiento que hace el Estado del Pluralismo Legal de la realidad del Pluralismo Legal al enfatizar que la existencia de esta última no depende del primero.

La lucha intelectual de Griffiths contra el Estado es poco convincente, puesto que inclusive cuando trata de localizar al Estado al mismo nivel de otras instituciones en términos de su función reguladora, sus continuas referencias al poder superior del Estado no hacen sino restituirle la soberanía que el estado se atribuye a sí mismo. Como resultado, el Estado del que Griffiths habla es un Estado monolítico y coherente. Su importancia es tal para Griffiths que termina

<sup>188</sup> GRIFFITHS, John. *What is legal pluralism?* En: *Journal of legal pluralism and unofficial law*, 1986, pp. 1-55.

<sup>189</sup> *Ibid.*, pp. 2, 38.

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>187</sup> *Ibid.*, p. 78.

clasificando el Pluralismo Legal de acuerdo al reconocimiento o no reconocimiento estatal del Pluralismo. No se pregunta si el reconocimiento estatal del Pluralismo Legal podría ser una manifestación de debilidad del Estado o una necesidad de legitimidad social. Por el contrario, piensa que este reconocimiento domina los fenómenos de Pluralismo Legal.

Griffiths señala que cuando el Estado reconoce el Pluralismo Legal no existe posibilidad para la emancipación social pues el Estado absorbe todas las manifestaciones legales heterogéneas. Con esta afirmación el autor desconoce el hecho de que autonomía y protagonismo son categorías relacionales, es decir, se ejercen en interacción con otros y en cualquier esfera social o política. Por ello no debería descartarse la esfera pública como un espacio de contienda política ni teórica ni fenomenológicamente.

Si vemos la ideología del Centralismo Legal desde la Filosofía del Derecho del Estado parece lógico pensar que el reconocimiento estatal del Pluralismo Legal implica la sumisión del Pluralismo Legal al poder del Estado. Sin embargo, la evidencia empírica demuestra lo contrario. Algunos movimientos sociales requieren el reconocimiento del Estado como un paso dentro de una estrategia política de largo aliento. Aún luego de este reconocimiento, los campos sociales semi-autónomos podrían seguir operando como lo hicieron antes de ser reconocidos. Desde esta perspectiva, el reconocimiento estatal del Pluralismo Legal podría incluso cuestionar la ideología misma del Centralismo Legal. Es más, este reconocimiento podría ser entendido como un acto mediante el cual el Estado reconoce el aspecto ilusorio de la ideología del Centralismo Legal. De esta manera el enfoque variaría y en lugar de pensar que ese reconocimiento da lugar a un *pluralismo legal débil*, podríamos pensar más bien que ese reconocimiento daría lugar a un *centralismo legal débil*.

Una teoría descriptiva del Derecho como la que Griffiths busca no debería desconocer el hecho real del poder del Estado. Tampoco debería atribuirle tal importancia al estado que se llegue al punto de afirmar que cualquier fenómeno legal surgido de la sociedad y reconocido por el estado está condenado a ser absorbido por éste. Por otro lado, el hecho de tener en cuenta el poder del Estado no implica necesariamente que la ideología del Centralismo Legal sea tomada como un hecho, el Centralismo Legal es una ideología dirigida a construir una realidad pero no es monolítico<sup>192</sup>. Otras fuerzas externas como las corporaciones transnacionales y entidades financieras internacionales también participan formando o desafiando ideologías estatales como el centralismo legal. El Estado también es un sitio de contienda, de debate y de disputa.

En «*El pluralismo legal y la teoría de la legislación*»<sup>193</sup> Griffiths expone el tema del Pluralismo Legal desde otra perspectiva. En sus comentarios introductorios el autor reconoce que durante los años setenta y ochenta algunos académicos emprendieron una batalla

académica contra la ideología del Centralismo Legal y afirma que actualmente ya no hay necesidad de ello puesto que el Pluralismo Legal se ha expandido. Esto explica por qué su pieza «*Pluralismo legal*»<sup>194</sup> estaba dirigida a minar un tipo particular del *pluralismo legal débil* promovido desde los centros de poder colonial. Al mismo tiempo menciona que el Pluralismo Legal es un paradigma nuevo: «el orden legal de todas las sociedades no es un orden exclusivo, sistemático y unificado de proposiciones normativas que depende del estado, sino que tiene sus fuentes en las actividades auto-regulatorias de todos los variados campos sociales presentes [en la sociedad]»<sup>195</sup>. Griffiths reconoce implícitamente que el pluralismo legal ha sido usado como una herramienta política para criticar la ideología del Centralismo Legal y considera que ya es tiempo de utilizar este paradigma para construir teorías acerca del Derecho.

Woodman<sup>196</sup> critica la tendencia de los científicos sociales a creer que hay una enorme brecha entre los órdenes normativos estatales y no-estatales, él cree que más bien existe una relación continua entre unos y otros. Probablemente la tendencia de los antropólogos a estudiar sociedades de pequeña escala los llevó a pasar por alto el estudio del Pluralismo Legal en el Estado. Woodman indica que al tomar en cuenta que el Derecho estatal es un hecho social, podremos «clasificar cada orden legal estatal [...] como internamente plural, aunque los grados y tipos de pluralismo varíen»<sup>197</sup>. Un aspecto interesante de su argumentación es su afirmación de que el Derecho estatal no es un sistema lógico internamente auto-consistente, ni está claramente delimitado, ni se distingue de otros órdenes normativos. Woodman desafía el dogmatismo positivista sobre el Derecho al calificarlo como un hecho social pasible de ser estudiado como cualquier otro fenómeno social. Metodológicamente considera que el Derecho del Estado, al igual que el Derecho no-estatal, es un campo legal. Esta premisa, sostiene, es un buen comienzo para llevar a cabo investigaciones comparativas en términos de los grados de Pluralismo Legal que presenta cada campo legal.

A partir del reconocimiento del Pluralismo Legal surgen algunos problemas jurisdiccionales de importancia al interior del Derecho estatal que son manifestaciones de una *policentralidad* legal que combate la idea de un centro unitario del Derecho<sup>198</sup>. De Lange los clasifica en tres categorías: divergencia, fragmentación y Pluralismo Legal. El Pluralismo Legal, entendido como la pluralidad de órdenes legales que operan en un campo social, implica que «en nombre de más de una norma se hacen demandas diversas que compiten por validez legal»<sup>199</sup>. Como resultado se generan problemas no sólo cuando se han reconocido diferentes sistemas legales sino también dentro de las cortes de un sistema legal.

<sup>192</sup> Véase para un análisis del pluralismo legal al interior del estado. WOODMAN, Gordon R. *Ideological combat and social observation. Recent debate about legal pluralism*. En: Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, 1998, pp. 21-59.

<sup>193</sup> GRIFFITHS, John. *Legal pluralism and the theory of legislation – With special reference to the regulation of euthanasia*. En: PETERSEN, Hanne y SAHLE Henrik (editores). *Legal polycentricity: Consequences of pluralism in law*. Holland: Dartmouth Publications Company, 1995, pp. 201-234.

<sup>194</sup> GRIFFITHS, John. *What is legal pluralism?* En: Journal of legal pluralism and unofficial law, 1986, pp. 1-55.

<sup>195</sup> GRIFFITHS, John. *Legal pluralism and the theory of legislation – With special reference to the regulation of euthanasia*. En: PETERSEN, Hanne y SAHLE Henrik (editores). *Legal polycentricity: Consequences of pluralism in law*. Holland: Dartmouth Publications Company, 1995, p. 202.

<sup>196</sup> WOODMAN, Gordon R. *Ideological combat and social observation. Recent debate about legal pluralism*. En: Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, 1998, pp. 21-59.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>198</sup> PETERSEN, Hanne y ZAHLE, Henrik. *Legal polycentricity: consequences of pluralism in law*. Holland: Dartmouth Publications Company, 1995.

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 105.



Debido a los inevitables procesos de diáspora algunos casos que involucran inmigrantes desafían los sistemas legales unitarios y promueven decisiones legales que exigen considerar otros órdenes normativos como fuentes. Mediante el análisis de un caso legal *transnacional* en el que un niño sudafricano es adoptado por su tío que vive en Holanda, el autor argumenta que el Pluralismo Legal abre un nuevo rango de problemas que van desde la obediencia/desobediencia del Derecho hasta los límites aparentes del Derecho.

En «*Sistemas legales del mundo*», Moore<sup>200</sup> indica que el Pluralismo Legal ha sido un tema importante de la literatura antropológica del Derecho. Al abordar las diferentes aproximaciones a este tema, enfatiza que «el pluralismo legal no tiene el mismo significado para todos»<sup>201</sup>. Algunos miran el pluralismo legal a través de los lentes de la diversidad cultural, mientras que otros observan situaciones de transplantes legales que originan el Pluralismo Legal. Otros como Pospisil introducen la variable étnica a la noción de Pluralismo Legal<sup>202</sup>. Al referirse a los usos políticos que puede dársele al Pluralismo Legal, la autora sostiene que «ninguna heterogeneidad legal ni homogeneidad legal puede ser considerada como opresiva o benigna. La evaluación depende de los usos políticos que se le den a las políticas y de las circunstancias históricas»<sup>203</sup>.

La definición de Pluralismo Legal que presenta Dwyer<sup>204</sup> resulta clave en un recuento sobre este tema, en la medida que incorpora el elemento de poder. El Pluralismo Legal constituye «un fenómeno relativamente transparente que corresponde a uno más opaco: la existencia de representaciones no-isomórficas e intrasociales del «derecho» que miembros que no son parte de la élite [...] creen que son réplica del modelo dominante con el que operan aquellos que se encuentran en el poder»<sup>205</sup>. Este concepto deriva de su definición de Derecho sustantivo al que entiende como un discurso político entre grupos que refleja la ventaja de uno de ellos y la desventaja del otro. El Derecho para Dwyer es un instrumento político y, por tanto, es manipulable.

En Holanda el pluralismo legal también es reconocido como un tema clave entre los abogados que se ocupan de la Antropología legal. Griffiths<sup>206</sup> menciona que los antropólogos han contribuido no sólo con un enfoque en los micro-procesos de interacción legal y su

perspectiva comparativa, sino que han convertido el «hecho universal del pluralismo legal [en] un elemento central en la comprensión del funcionamiento del derecho en la sociedad»<sup>207</sup>. Distingue la perspectiva de los antropólogos de la de los sociólogos al afirmar que los segundos se concentran generalmente en el Estado y su sistema legal, mientras que los primeros enfatizan la realidad de la heterogeneidad normativa en el análisis de aspectos específicos como los procesos de resolución de conflictos, las relaciones familiares, los delitos y las instituciones legales.

Para Merry, el Pluralismo Legal es «una situación en la que dos o más sistemas legales coexisten en el mismo espacio social»<sup>208</sup>. Ella clasifica la producción académica sobre pluralismo legal en pluralismo legal clásico y nuevo. El Pluralismo Legal clásico abarca trabajos sobre sociedades coloniales y post-coloniales y es generalmente caracterizado por la interacción entre el Derecho indígena y el europeo. Por otro lado, el Pluralismo Legal nuevo explora situaciones de órdenes legales múltiples en sociedades industriales tales como los Estados Unidos y los países europeos. En ambos casos, el Pluralismo Legal incluye un análisis de las relaciones entre grupos dominantes y dominados.

Un rasgo relevante del nuevo Pluralismo Legal es la afirmación de que todas las sociedades tienen más de un orden legal y cada uno de éstos interactúa con otros. El nuevo Pluralismo Legal surge de los postulados del Pluralismo Legal clásico que enfatizaba la interacción y la dialéctica entre los diversos órdenes normativos en contextos coloniales y la constitución histórica del Derecho consuetudinario. Pero Merry también argumenta que la naturaleza de la relación entre los distintos órdenes normativos en sociedades coloniales e industrializadas varía. En el primer caso, la distinción es evidente; mientras que en el segundo caso la distinción es más confusa y compleja, aunque en ambos casos el sistema legal oficial lucha por imponerse a las otras formas de regulación.

A semejanza de Moore, Merry piensa que «el denominar a todas las formas de ordenamiento que no son Derecho estatal con el término derecho confunde el análisis»<sup>209</sup>. Ella insiste en la importancia de entender el Derecho estatal como un Derecho que aplica coerción y monopoliza «el poder simbólico asociado a la autoridad estatal»<sup>210</sup>. En este sentido un análisis del Pluralismo Legal implica diferenciar el Derecho del Estado de los otros sistemas legales sin asumir su poder como un hecho.

Merry menciona que las etnografías de los años sesenta enfocaron su atención en el potencial del Derecho estatal para modelar la sociedad. En la siguiente década, nuevos estudios mostraron el poder relativo del Derecho para afectar la vida social. Durante los años ochenta, los antropólogos cambiaron su enfoque para concentrarse en las formas cómo el Derecho estatal penetra y reconstruye órdenes sociales por medios simbólicos y coercitivos. También exploraron la resistencia de estos órdenes frente al poder simbólico del Derecho estatal que pretendía apropiarse de ellos. El Derecho estatal también puede ser constituido por otros órdenes normativos como

<sup>200</sup> MOORE, Sally F. *Legal systems of the world: an introductory guide to classifications, typological interpretations and bibliographical references*. En: LIPSON L. Y WHEELER S. (editores) *Law and the Social Sciences*. New York: Russel Sage Foundation, 1986, pp. 11-62.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>202</sup> Véase también NADER, L. e YNGVENSSON Barbara. *On studying the Ethnography of Law and its consequences*. En: HONIGMANN, John (editor) *Handbook of social and cultural anthropology*. Chicago: Rand McNally, 1973.

<sup>203</sup> MOORE, Sally F. *Legal systems of the world: an introductory guide to classifications, typological interpretations and bibliographical references*. En: LIPSON L. Y WHEELER S. (editores) *Law and the Social Sciences*. New York: Russel Sage Foundation, 1986, pp. 22.

<sup>204</sup> DWYER, Daysi Hilse. *Substance and process: reappraising the premises of the anthropology of law*. En: *Law and Anthropology*. Aldershot, Hong Kong, Singapore y Sydney: Dartmouth, 1992.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>206</sup> GRIFFITHS, John. *Recent anthropology of law in the Netherlands and its historical background*. En: BENDA BECKMANN K. y STRIJBOSSCH F. (editores) *Anthropology of law in the Netherlands. Essay on legal pluralism*. Holland: Foris Publications, 1986, pp. 11-66.

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>208</sup> MERRY, Sally E. *Legal Pluralism*. En: *Law & Society review* N°22, 1990, 870.

<sup>209</sup> *Ibid.*, p. 878.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 879.

el de las entidades transnacionales y el Derecho internacional. Es más, en esta dinámica el Derecho del estado se presta símbolos de aquellos órdenes legales transnacionales. Como resultado, el propio «derecho estatal es en sí mismo plural»<sup>211</sup>.

Merry distingue el análisis dialéctico del análisis simbólico del Pluralismo Legal. El primero sí reconoce las asimetrías de poder en las relaciones entre órdenes normativos; mientras que para el segundo «el derecho es entendido como un sistema de símbolos, de significados...un sistema de signos que representa/distorsiona la realidad»<sup>212</sup>. En este último caso no se hace ninguna mención a las desigualdades de poder existentes. La autora propone que los órdenes legales sean entendidos como interrelacionados e históricamente situados. En esta perspectiva, la esencia ideológica del Derecho (del Estado) y de otros órdenes legales debería ser objeto de atención: «el derecho no es una simple serie de normas que ejercita poder coercitivo sino un sistema de pensamiento por el cual ciertas formas de relacionarse vienen a parecer naturales y son dadas por hecho»<sup>213</sup>. Finalmente, el análisis dialéctico subraya las mutuas interacciones entre distintos órdenes legales, las dinámicas de resistencia a la dominación legal y la constitución recíproca del Derecho y otros órdenes normativos.

Merry hace una aclaración importante sobre el Pluralismo Legal reconociendo así sus límites conceptuales. Si bien el pluralismo legal permite entender las relaciones entre los distintos ámbitos socio-legales, éste no llega a tratar el tema del cambio en un espacio social particular. La perspectiva que ilumina la teoría del Pluralismo Legal es más bien macro porque no se concentra en los cambios legales en un espacio local sino que busca entender fenómenos legales que se interrelacionan.

Chris Fuller<sup>214</sup> argumenta que la muerte de la Antropología legal en Gran Bretaña se debe en parte al desarrollo del Pluralismo Legal puesto que éste se ha apropiado de muchos de los temas de la Antropología legal. Fuller afirma que el Pluralismo Legal es «un campo de investigación amplio y expansivo dominado por abogados académicos en lugar de antropólogos», más aún, es «una frase difusa, discutida y probadamente insatisfactoria»<sup>215</sup>. Además, considera que el Pluralismo Legal no es un buen concepto analítico porque constituye una verdad de perogrullo afirmar la coexistencia de múltiples órdenes normativos y porque la naturaleza legal del pluralismo reproduce las aproximaciones centradas en el Derecho.

Fuller distingue el Derecho como una forma de pensar y válida la contribución de los antropólogos por su manejo de información etnográfica sobre órdenes legales no-estatales: «el derecho es demasiado importante para ser dejado enteramente a abogados académicos y no puede ser rechazado por los antropólogos»<sup>216</sup>. También menciona que si el Pluralismo Legal es usado para caracterizar «la relación entre el derecho del estado y órdenes normativos alternativos, [ésta] tiene que ser desplegada de tal manera que no descanse

de manera inherente en premisas judiciales que son constitutivas únicamente del Derecho estatal por lo cual distorsionan la comprensión de aquellos otros órdenes no-estatales»<sup>217</sup>. Aquí Fuller no sólo reproduce el debate Gluckman-Bohannan que había sido ya superado sino que además se refiere a órdenes normativos alternativos y al Derecho estatal como campos separados, con lo cual desconoce las relaciones entre ellos. Por otro lado, Fuller no reconoce el aporte de abogados académicos a los estudios sobre el pluralismo legal; tampoco recuerda que gran parte de la antropología clásica del Derecho fue desarrollada por abogados como Sir Henry Maine.

En «Los procesos de disputa. El derecho en diez sociedades»<sup>218</sup> Nader y Todd explican que una serie de problemas se desprenden del rechazo de realidades legalmente plurales generadas usualmente cuando las clases dominantes imponían su Derecho sobre otras legalidades no-dominantes. Por otro lado, el desconocimiento del Pluralismo Legal por parte de los estados ha originado que los usuarios de otros sistemas legales adopten una actitud negativa hacia el Derecho importado. En estos contextos, el Pluralismo Legal ha sido útil en los estudios criminológicos por ejemplo, en la medida que ha iluminado las fuentes del comportamiento definido por el estado como desviado.

Un aporte fundamental de este trabajo es su reflexión sobre los usos políticos del Pluralismo Legal en diversos espacios y tiempos. Por ejemplo, «bajo el colonialismo, el pluralismo era considerado como una manera de bloquear o controlar mediante la política de divide y triunfa»<sup>219</sup>. Después de la independencia los gobiernos nacionales buscaron un Derecho centralizado con la finalidad de lograr el progreso eliminando el problema del pluralismo. En este proceso, el Derecho occidental fue concebido como una herramienta de ingeniería social: «existe algo que sabe a magia simpática aquí, la idea de que si estas naciones importan un sistema o código legal de un país más desarrollado también tendrán por lo menos las semillas del progreso y la modernidad»<sup>220</sup>.

Pero el Pluralismo no es un problema exclusivo de países post-coloniales. En las sociedades industriales, múltiples subculturas y sistemas de Derecho pueden coexistir incluso de forma conflictiva. En cualquier caso, dicen los autores, existe un problema que casi siempre pasa desapercibido para los académicos del Pluralismo Legal y que tiene que ver con las consecuencias de su implementación. Al reconocer el hecho de que el Derecho no es monopolio del Estado no se deberían dejar de lado las obligaciones que tiene el Estado respecto de las garantías de la justicia; deberíamos «estar de acuerdo en las consecuencias que tienen los objetivos de un monopolio estatal centralizado, por ejemplo, la garantía de la rapidez de la justicia y el acceso de la gente a las cortes de justicia»<sup>221</sup>.

En muchos casos, el Pluralismo Legal es evaluado positivamente por los usuarios pues de esta manera éstos pueden recurrir a diferentes órdenes legales, incluyendo el del Estado, para solucionar sus conflictos. En situaciones pluralistas como ésta, sin embargo, las

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 890.

<sup>212</sup> *Ibid.*, pp. 886 y 887.

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 889.

<sup>214</sup> FULLER, Chris. *Legal Anthropology, legal pluralism and legal thought*. En: *Anthropology Today* N°31, 1994, pp. 9-12.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>218</sup> NADER, L. y TODD H. *The disputing process: law in ten societies*. New York: Columbia University press, 1978.

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>220</sup> *Ibid.*

<sup>221</sup> *Ibid.*, p. 34.

desigualdades de poder y las diferencias culturales deben ser necesariamente parte del análisis.

Boa Ventura de Sousa Santos no usa el concepto de Pluralismo Legal: «A mi entender, no hay nada inherentemente bueno, progresista o liberador acerca del pluralismo legal. Ciertamente, existen instancias de pluralismo legal que son bastante reaccionarias»<sup>222</sup>. Su opinión sobre el Pluralismo Legal forma parte de una crítica más importante que este abogado dirige contra las ciencias sociales de occidente por evacuar el contenido político de las categorías analíticas: «Debido al positivismo científico que dominó estas disciplinas [sociología y antropología del derecho], las demandas analíticas del pluralismo legal obtuvieron una predominancia absoluta mientras que sus demandas políticas fueron sepultadas debajo de la alfombra»<sup>223</sup>. Propone, más bien, la reconstrucción teórica del campo legal «de manera que se evite equiparar todos los órdenes legales existentes en una unidad geopolítica dada, rechazando particularmente la centralidad del derecho estatal en formaciones socio-legales modernas»<sup>224</sup>. Santos descarta la categoría *pluralismo legal* para construir en su lugar un nuevo concepto: la pluralidad de órdenes legales.

Basándose en la clasificación que antes había hecho Merry sobre el Pluralismo Legal, Santos introduce una tercera etapa que denomina *pluralidad legal postmoderna*. En esta etapa, el debate incluye no solamente los órdenes normativos del Estado y la sociedad sino los «órdenes legales supra-estatales, transnacionales que coexisten en el sistema mundial con el orden legal del estado y ordenamientos legales infra-estatales»<sup>225</sup>. En el período de la Pluralidad Legal posmoderna, el enfoque se centra en las interacciones entre los tres espacio-tiempos del campo legal: el local, el nacional y el transnacional. Pero el Pluralismo no es exclusivamente producido por las interrelaciones de estos tres espacio-tiempos sino que penetra cada uno de ellos. Esto es más evidente en los micro-estados que forman parte del estado-nación, la fragmentación interna del Estado y la falta de unidad de su legalidad promueven el Pluralismo Legal dentro de los límites de la regulación estatal. Santos llama a este tipo de Pluralismo *pluralismo legal interno*.

El reconocimiento de la pluralidad de órdenes legales es clave en la teoría de Santos. En la sociedad, dice Santos, existen seis órdenes legales particularmente importantes que corresponden a un grupo de relaciones sociales en un mundo capitalista: Derecho doméstico, de producción, de intercambio, de comunidad, territoriales o estatales y Derecho sistémico. Cada uno corresponde a una institución específica, a un *espacio-tiempo*, o a una serie de relaciones sociales y opera en *constelaciones de legalidad*. Un ejemplo de *constelaciones de legalidad* es el fenómeno del Pluralismo Legal en Pasargada. En esta *favela*<sup>226</sup> el Pluralismo Legal está configurado por relaciones de poder que colocan al Derecho no-oficial de Pasargada en una posición subordinada. Santos anota, sin embargo, que el hecho de que este *pluralismo legal interclasista* represente un conflicto de clase no significa que desafíe de hecho al Derecho estatal.

Por el contrario, ambos sistemas legales apuntan al mismo objetivo puesto que comparten las mismas premisas sobre la propiedad privada. En este caso, la relación más saltante de la constelación es entre el Estado y el ámbito local.

Uno de los elementos más importantes para clasificar las posturas sobre el Pluralismo Jurídico es la perspectiva disciplinaria desde la cual se aborda el estudio de este fenómeno<sup>227</sup>. Desde la disciplina del Derecho, el Pluralismo Legal ha sido utilizado no tanto para describir o analizar fenómenos sociales sino para cuestionar la ideología del Centralismo Legal. Mientras que, por otro lado, los antropólogos han tratado de usar el concepto siempre en referencia a sus datos etnográficos.

## 5. El Derecho como variable dependiente. Prácticas culturales que modelan el Derecho

Desde los años setenta los movimientos sociales como el de los Derechos civiles en los Estados Unidos, los movimientos por la independencia de los países colonizados, las migraciones sociales y los movimientos de etnogénesis que surgían en el mundo destacaron el rol del individuo en los procesos sociales. Ante estos sucesos, las ciencias sociales fueron gradualmente abandonando los modelos antiguos que habían privilegiado un enfoque estructural, optando por análisis donde la participación y estrategias de los individuos eran clave.

Durante los años ochenta, los antropólogos enfrentaron el dilema de observar la micro-escala sin perder de vista las fuerzas macro que formaban parte del escenario. En esta época varios antropólogos legales exploraron el rol de la cultura en complejos procesos de cambio que afectaban las sociedades objeto de estudio. Pero la cultura no fue considerada una entidad primordial cuyos símbolos esenciales ayudaban a entender el mundo sino que fue vista como una invención continua, una construcción social que tenía lugar en espacios y tiempos históricos determinados. Dado que el Derecho forma parte de la cultura también se sostuvo que el Derecho era un producto social. En esta sección daremos una breve mirada a las etnografías más importantes que consideraron al Derecho no sólo como un invento social sino también como el vehículo de fines políticos.

El libro de Sally F. Moore «*Hechos sociales y fabricaciones*»<sup>228</sup> es un claro ejemplo del proceso que transformó las ciencias sociales. Su libro no es solamente un bien documentado recuento etnohistórico del grupo Chagga y de su *derecho consuetudinario*, sino que es fundamentalmente una herramienta metodológica. Debido a su necesidad de encontrar los niveles intermedios que expliquen los cambios en las estructuras macro y en los fenómenos micro como un *continuum*, Moore rechaza el modelo de los *dos-sistemas* por ser inherentemente evolucionista y el modelo del *individuo-como-centro* porque confunde la causa con el motivo y desconoce el impacto de las fuerzas externas y el contexto. En su lugar, Moore ofrece una nueva aproximación a la que denomina «*análisis metamórfico que incluye tanto un recuento de las alteraciones al interior de la tradición... como*

<sup>222</sup> SANTOS, Boa Ventura de Sousa. *Toward a common sense: Law, science and politics in the paradigmatic transition*. New York: Routledge, 1995, p. 114.

<sup>223</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>224</sup> *Ibid.*

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>226</sup> Una favela es un barrio pobre en Brasil.

<sup>227</sup> WOODMAN, Gordon. *Ideological combat and social observation. Recent debate about legal pluralism*. En: *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* N°42, 1998, pp. 21-59.

<sup>228</sup> MOORE, Sally F. *Social Facts and Fabrications: customary law in Kilimanjaro, 1880-1980*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

un esbozo de los cambios sobrecogedores en su contexto político-económico»<sup>229</sup>.

Moore añade una aproximación histórica al análisis cultural. El *derecho consuetudinario* de los Chagga es analizado desde 1880 hasta 1980 como una «construcción cultural con implicancias políticas»<sup>230</sup>, proceso que describe como la *transformación de la tradición*. En el contexto colonial el Derecho era también un instrumento para la administración colonial en la medida que la política y economía colonial dependían del *derecho tradicional*. Asimismo, el Estado era un agente activo que producía ideología en la que el *Derecho consuetudinario* era una categoría residual. Este hecho básicamente modificó el significado que el Derecho tenía para los Chagga antes de la dominación europea. Sin embargo, los Chagga le dan un rol bastante dinámico al *derecho consuetudinario* al invocarlo constantemente adaptando sus viejas formas al nuevo contexto de Kilimanjaro<sup>231</sup>.

La dimensión histórica devela las múltiples personalidades del *derecho consuetudinario* en el Kilimanjaro de los siglos XIX y XX. Antes de la época colonial «el Derecho era un sistema complejo de instituciones políticas y de ámbitos sociales organizados y semi-autónomos que controlaba personas y recursos, y un sistema de ideas» que combinaba lo material con lo místico<sup>232</sup>. En el tiempo de la colonia el Derecho formó parte de un sistema administrativo que básicamente contaba con el poder coercitivo del Estado colonial, pero también era un grupo de *convenciones étnicas* dinámicas referidas especialmente al parentesco y la tierra. Después de la independencia el Derecho fue ampliamente percibido como un recurso «para construir nuevos arreglos que correspondieran a situaciones siempre cambiantes [de los Chagga]»<sup>233</sup>. En resumen, los Chagga adaptaron su Derecho a nuevos contextos socio-políticos.

June Starr<sup>234</sup> ubica al Derecho en medio de un contexto de agitación política en Turquía. Turquía, antes conocida como el Imperio Otomano, fue objeto de un proceso de modernización que no sólo cambió las prácticas islámicas y la cultura del imperio sino que fundamentalmente desafió la estructura social de Turquía occidental. Durante el siglo XIX este proceso fue llevado a cabo por élites políticas preocupadas en construir una identidad turca en oposición a la *atrásada* cultura islámica. En este intento el Derecho fue un instrumento de unificación interna y un aspecto clave de la formación de la nueva nación Turca. De acuerdo con los postulados de este proyecto político el Derecho debería ser universal de tal manera que el conglomerado étnico, que formaba parte de Turquía, estuviera bajo su protección. En la visión de esta élite política, la creación de una identidad nacional no sólo serviría a la unificación interna sino también protegería a la nación de ataques militares externos.

La creación de la nación turca implicó que a principios del siglo XX se crearan instituciones educativas seculares paralelas a las islámicas. Gradualmente, las escuelas islámicas fueron reemplazadas

por las seculares que tenían más popularidad entre los jóvenes. De la misma forma, el dinamismo que se le dio a las actividades comerciales al promulgarse la ley comercial y la ley de tierras fue muy valorada por los usuarios legales. La modernización fue llevada al campo por medio de una reforma agraria que estableció un sistema de títulos y de registro de tierras que finalmente mejoraría el sistema de impuestos. Por último, cuadros políticos preparados desde el Estado difundieron los derechos de la mujer como parte de su discurso político. La reforma legal en aspectos de familia llegó a la mujer rural quien vio en el Derecho Secular un medio para desafiar la dominante posición masculina apoyada por el Islam.

En este escenario, el Derecho es un conjunto «ideas, estructuras, procesos y prácticas (escritas y no escritas, formales e informales, legalísticas y menos legalísticas, locales y nacionales) duraderas»<sup>235</sup>. Mediante un análisis de interacciones diádicas y triádicas, Starr dedujo la forma cómo se resolvían los conflictos fuera de las cortes, los patrones sociales y las relaciones sociales involucradas, los motivos de las partes, su noción de justicia, y su uso o no uso de medios religiosos. En las cortes la racionalidad del estado era combinada con la cultura de los campesinos, jueces bien entrenados comprometidos con el interés nacional en la modernización basaban sus decisiones en una búsqueda racional de evidencia. Además, las normas legales les permitían considerar el *derecho consuetudinario* y los valores de los campesinos en el proceso judicial, lo que los hizo muy populares ante la población rural.

Luego de algunos intentos por sabotear el proceso, el Islam fue eventualmente reemplazado por el sistema legal secular. En el campo legal, sin embargo, no se encontró ningún resto del Derecho o medio de resolución de conflictos islámicos durante los años sesenta: «A mediados de los años sesenta el ciudadano turco común en Anatolia occidental no tenía ningún conocimiento del Derecho Islámico ni de las ventajas o desventajas que le podría brindar»<sup>236</sup>. Como resultado, el discurso legal secular de las élites modernas ocuparía inevitablemente el lugar que había dejado la cultura legal del Islam.

Merry analiza el Derecho como una variable independiente de la sociedad. En su artículo «La resistencia y el poder cultural del Derecho», Merry<sup>237</sup> explora varias experiencias en las que el Derecho es usado como un medio para desafiar al poder. La autora intenta redimir el campo del Derecho como un espacio para la resistencia planteándose la siguiente pregunta: «¿cómo puede el derecho contribuir a la emancipación de grupos subordinados para expandir la dignidad, el auto-respeto y el control de la gente menos poderosa?»<sup>238</sup>. Si el Derecho es conceptualizado como productor de cultura podremos entender qué hace el Derecho y cómo lo hace. En efecto, al comprender que el Derecho es productor de «significados culturales e identidades» que forman parte de su poder el analista puede explicar no sólo los proyectos políticos conservadores que usan el Derecho sino también las experiencias liberadoras que los desafían mediante el Derecho<sup>239</sup>.

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. XV.

<sup>231</sup> El argumento de Moore aquí es bastante parecido al de Colson quien sostenía que los Tonga inventaron la tradición (1974).

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>233</sup> *Ibid.*, p. 319.

<sup>234</sup> STARR, June. *Law as metaphor. From Islamic courts to the Palace of Justice*. Albany: State University of New York Press, 1992.

<sup>235</sup> *Ibid.*, p. 174.

<sup>236</sup> *Ibid.*, p. 179.

<sup>237</sup> MERRY, Sally E. *Resistance and the cultural power of law*. En: *Law & Society Review* N° 29, 1995, pp. 11-25.

<sup>238</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>239</sup> *Ibid.*, p. 14.

El trabajo de Merry describe algunas formas de resistencia por medio del Derecho que le permiten vincular nuevamente los estudios socio-legales a sus previas raíces: la política progresista. La autora examina tres casos ocurridos en Hawai (un Hawaiano acusado de relaciones sexuales ilícitas, un caso de violencia doméstica y conciencia de género y el juicio de los pueblos hawaianos contra el gobierno de los Estados Unidos). La autora propone primeramente que cuando se hable de resistencia, las experiencias colectivas e individuales sean analizadas como parte de la cultura. Segundo, que se asuma que el Derecho puede ser modificado y que los grupos sociales pueden apropiarse de su poder simbólico; y tercero, que cuando el análisis se concentre en individuos, éstos deberían ser vistos como parte de una colectividad que contribuye a su formación. Merry también advierte que no toda forma de resistencia es constructiva y, consecuentemente, demanda una mirada intelectual ética y objetiva a las formas de resistencia. Finalmente, la autora argumenta que la importancia del Derecho como productor de significados culturales se hace evidente cuando temas como «*el poder constitutivo del derecho y una definición amplia de su efectividad cultural y su poder representativo*» son examinados en la práctica<sup>240</sup>.

Carol Greenhouse<sup>241</sup> explora las ideas que una comunidad Bautista de los Estados tiene acerca del conflicto, el orden y la armonía. Su análisis cultural devela cómo se construye y practica socialmente la justicia Cristiana entendida como la búsqueda interna de la armonía. ¿Por qué esas personas escogen no litigar y dar solución a sus altercados con otro tipo de medios? ¿Cuál es el marco cultural que da sentido a estas opciones? Al cuestionar las premisas antropológicas acerca del conflicto, la autora aborda estas preguntas: «*las pre-condiciones estructurales de la resolución de conflictos no existen en todo lugar, aún entre Americanos acaudalados*»<sup>242</sup>. Por ello Greenhouse cuestiona el uso recurrente del método de casos en la antropología del Derecho: «*la razón de ser del método de casos, que revela ideas «legales» en contextos sociales, reside en la premisa de que la vida social está constituida por normas», cuando en verdad, «las normas son constituidas como tales por los grupos sociales»*»<sup>243</sup>.

La autora explora «*las ideas que la gente encuentra obligatorias, en las que basa (o trata de basar) su conducta*»<sup>244</sup>. Ella entiende al Derecho como parte de la cultura y afirma que el análisis del «*contexto cultural del Derecho*» descubrirá «*el orden intrínseco de la cultura*»<sup>245</sup>. En consecuencia, la cultura explica las preferencias de la gente por distintos tipos de remedios legales. Por ejemplo, los Bautistas creen profundamente que los medios más adecuados para solucionar los conflictos deben ser internos y esta creencia tiene el apoyo institucional de la iglesia Bautista y su ideología. La racionalidad descansa en la epistemología Cristiana que sostiene que siendo Jesús el autor de todos los eventos terrenos, «*el conflicto es imposible*»<sup>246</sup>. La *ideología de la igualdad* es otro de los fundamentos epistemológicos de la Iglesia Bautista que consiste en esconder las diferencias sociales atribuyéndoles un significado diferente y restándole importancia a la autoridad y al poder.

Greenhouse descubrió que la ideología no eliminó los conflictos: «*el concepto Bautista del orden social admite el conflicto en formas limitadas pero no admite que se discuta*»<sup>247</sup>. La ausencia absoluta de una resolución de conflictos pública y abierta le indicó a Greenhouse que habían otros medios de control poderosos operando eficientemente para bloquear los conflictos privados antes que se convirtieran en públicos. Los remedios verbales tales como relatos, bromas, chismes, duelos verbales con frases bíblicas y oraciones eran maneras de prevenir la irrupción de conflictos dentro de la comunidad. Debido a la creencia bautista de que «*todo conocimiento humano es incompleto*», los miembros de esta Iglesia no preguntan por las raíces de los conflictos<sup>248</sup>. De cualquier forma, este tipo de preguntas sería fútil en esta lógica.

A pesar del pasado bastante conflictivo de esta comunidad, el imaginario Bautista lo reconstruye como armónico. Al analizar los archivos y documentos privados de los Bautistas, Greenhouse encuentra que los miembros de la Iglesia Bautista habían llevado a cabo una *limpieza cultural* de conflictos en Hopewell<sup>249</sup>. Los documentos históricos demuestran que la «*armonía negociada*» es en realidad una tradición cultural cuidadosamente forjada por los fundadores de la Asociación Bautista. Durante el siglo XIX esta institución utilizaba medios bastante coercitivos para proscibir a los miembros conflictivos de la iglesia bajo la acusación de *impuros*. Gradualmente estos métodos fueron sustituidos por medios ideológicos más sutiles que instruían a la gente sobre el valor negativo de los conflictos.

Al analizar la cultura como un producto de la historia, Greenhouse no sólo muestra que las racionalidades culturales surgen de las prácticas sociales sino también pone al descubierto las relaciones que existen entre la religión, el Derecho y el orden.

En su libro «*La ideología de la armonía*»<sup>250</sup> Nader analiza los usos ideológicos que se le otorgan a un estilo particular de resolución de conflictos en la sierra madre de Oaxaca. Durante su extenso trabajo de campo en esta zona<sup>251</sup>, la autora descubre que este estilo de resolución de conflictos había sido usado tanto para controlar a las poblaciones indígenas como para defender la autonomía de las mismas. Desde una perspectiva histórica, encuentra que la *ideología de la armonía* había sido impuesta por los misioneros en el pueblo de San Miguel Talea de Castro (o Ralu'a en el idioma Zapoteco) desde la época colonial. En efecto, la ideología de la armonía fue usada como una herramienta política por los colonizadores y misioneros Españoles para prevenir el conflicto en las colonias. Sin embargo, esta práctica no fue exclusiva de la corona española; también fue encontrada en sociedades de pequeña escala en África, Micronesia y Polinesia. Esta aproximación comparativa a los estilos de resolución de conflictos le permite sostener a la autora que la ideología de la armonía es una forma hegemónica de control.

Un tema que aparece en trabajos previos es la distinción entre las funciones manifiestas y latentes del Derecho. Ejemplo de una

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>241</sup> GREENHOUSE, Carol. *Praying for justice*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1986.

<sup>242</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>243</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>244</sup> *Ibid.*

<sup>245</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>246</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>247</sup> *Ibid.*, p. 103.

<sup>248</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>249</sup> Hopewell es el nombre ficticio que le da Greenhouse a la comunidad Bautista.

<sup>250</sup> NADER, Laura. *Harmony Ideology. Justice and control in a Zapotec mountain village*. California: Stanford University Press, 1990.

<sup>251</sup> Nader recolectó la mayor parte de su material de 1957 a 1968, pero su experiencia de trabajo de campo se aproxima a los 30 años.

función manifiesta del Derecho es determinado estilo de resolución de conflictos, mientras que una función latente del Derecho es la ideología que ese estilo propone a los usuarios. Por medio de esa ideología el Derecho logra cierto control cultural de los usuarios, mientras que mediante la resolución de conflictos el Derecho logra controlarlos socialmente. El estilo de control social que Nader describe es el *modelo de la armonía*. Al analizar la ideología que subyace a este estilo de resolución de conflictos destaca la importancia que tiene en la configuración de las relaciones de poder.

En lo que concierne al control social, Nader explora el proceso de solución de conflictos como un espacio político para la creación de divisiones sociales y restauración de relaciones afectadas y, especialmente, como un sitio de creación, transformación y despliegue de ideologías. El análisis de los casos de las cortes de Talea muestra patrones sociales y culturales importantes dentro de la comunidad y revela de qué manera los estilos de resolución de conflictos sirven como medios de control social y cultural. En Talea, sin embargo, la ideología de la armonía no tiene un solo significado; también es utilizada por la población indígena como una estrategia contra-hegemónica para evitar el control social del Estado y mantener la autonomía comunal: «Los Zapotecos de Talea han creado un conjunto de premisas que juntas forman la *«ideología de la armonía»*. Este conjunto de premisas, derivado en parte de las creencias indígenas y en parte de los misioneros cristianos, les han permitido combatir los aspectos más vandálicos del colonialismo y crear la base para su pacífica utopía»<sup>252</sup>.

Nader señala que las ideologías viajan a través de continentes pero también enfatiza que éstas son modificadas en cada lugar. En efecto, las ideologías son construcciones sociales que van siendo redefinidas de acuerdo a las necesidades y al uso particular que los individuos les den y en este proceso los participantes tienen un rol activo. Finalmente, su análisis del control cultural y social que ejerce el Derecho desafía la idea común de que el Derecho es autónomo de la sociedad y la cultura. La ideología penetra todas las dimensiones de las relaciones sociales y las ideologías del Derecho no son una excepción.

En su pieza sobre las Juntas Comunales de San Francisco<sup>253</sup>, Barbara Yngvesson también destaca el uso de la ideología legal para crear una idea particular de comunidad. Aunque existe una diferencia fundamental entre los mediadores y los individuos que llegan a estas juntas comunales a resolver sus conflictos, los defensores de este proyecto los comparan y afirman que todos son *voluntarios*. De esta manera, los promotores de la resolución alternativa de conflictos (RAC) ocultan el hecho de que los mediadores ya han sido entrenados en las técnicas de la RAC mientras que los individuos legos no tienen sino escaso conocimiento de las mismas. Lo que sucede realmente es que los mediadores son vistos como una comunidad *modelo*, un modelo utópico que otros miembros de la comunidad deberían imitar. Esta práctica sólo fortalece a los mediadores que desarrollan mecanismos de control para *moldear* a los otros miembros de la comunidad. Así, por medio de la ideología del *empoderamiento comunal*, la mediación es constituida como un mecanismo de poder difuso y de control cultural.

<sup>252</sup> *Ibid.*, p. 309.

<sup>253</sup> YNGVESSON, Barbara. Local people, local problems and neighbourhood justice. The discourse of «community» in San Francisco Community Boards. En: MEERY y MILNER (editores) *The possibility of popular justice: a case study of community mediation in the United States*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1993, pp. 379-400.

Desde una perspectiva filosófica, Lawrence Friedman expone la idea de que la cultura influye en el Derecho. Para ello explora la *cultural legal* moderna, esto es, «*las ideas y expectativas de la gente...normas e ideas acerca del derecho»*<sup>254</sup>. Los sistemas legales «*reflejan las normas sociales o la opinión social dominante»* y por esta razón no son autónomos de la cultura. Su argumento se basa en la premisa de que en la *cultura popular occidental* el individuo está al centro y que el individuo y la cultura se influyen mutuamente. En las sociedades occidentales existe una veneración por la elección, el consentimiento, la libertad y los Derechos individuales que son los elementos claves de la cultura legal moderna.

El autor sostiene que para la cultura popular las opciones no son una ilusión. En su esquema, la cultura popular tiene influencia sobre la vida moderna y ésta a su vez tiene influencia sobre el Derecho. Las ideas, expectativas y experiencias de la gente sobre las opciones «*penetran y reconstituyen la vida moderna para que ésta encaje en la cultura de las opciones»*<sup>255</sup>. El autor hace muy poca referencia a las diferencias estructurales, más bien su argumento circular depende de la noción subjetiva de cultura y de tipos ideales tales como *sociedad occidental* y *derecho moderno*. Si bien este autor enfatiza la relación existente entre el Derecho y la cultura, la carencia de evidencia empírica que sustente su análisis le resta credibilidad.

Un ejemplo de etnografía que explora la relación del Derecho con la cultura es el trabajo de Wilson<sup>256</sup>. Al analizar la actuación de la «*Comisión de la Verdad y Reconciliación»* en Sudáfrica de los 90s, Wilson se pregunta por qué el discurso de la Comisión sobre los derechos humanos divergía de las nociones de justicia que la gente expresaba en las cortes donde se ventilaban los casos de violación de Derechos humanos. Sucedió que algunos objetivos y prácticas de la Comisión calzaban con los valores de la población mientras otros simplemente colisionaban. Para explicar la dinámica existente entre los diversos órdenes y discursos que entraban en juego en el contexto de la comisión, Wilson usa dos conceptos: las afinidades o compatibilidades (*adductive affinities*) y las discontinuidades relacionales (*relational discontinuities*). Aparentemente las primeras facilitaban el cumplimiento de los objetivos de la comisión, sin embargo, había por medio un proceso de convencimiento dirigido a las víctimas para que aceptaran reconciliarse con sus victimarios. Sin embargo, la reconciliación estaba lejos de ser una práctica espontánea en una sociedad como la sudafricana, justamente por ello el Derecho es usado para lograr los resultados de reconciliación que la Comisión buscaba. Este proceso de convencimiento cultural es denominado *armonía coercitiva*<sup>257</sup>. Por otro lado, las discontinuidades reflejaban justamente los antagonismos entre estos órdenes, quedando el discurso de la Comisión sobre los derechos humanos rezagado en la interacción social.

<sup>254</sup> FRIEDMAN, Lawrence M. *The Republic of Choice. Law, Authority and Culture*. Cambridge, MA.: Harvard University Press, 1990, pp. 61,95.

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>256</sup> WILSON, Richard A. *Reconciliation and revenge in post-apartheid South Africa. Rethinking legal pluralism and human rights*. En: *Current Anthropology* N° 41, 2000, pp. 75-87.

<sup>257</sup> NADER, Laura. *Harmony Ideology. Justice and control in a Zapotec mountain village*. California: Stanford University Press, 1990. El término «*coercive harmony»* o armonía coercitiva fue acuñado por Nader para explicar cómo se forman este tipo particular de procesos ideológicos hegemónicos y, generalmente transnacionales (e.g. medios alternativos de resolución de conflictos), que afectan la cultura y buscan controlar la vida de grupos sociales.

Los trabajos etnográficos concuerdan en reconocer que el Derecho es un fenómeno cultural históricamente diseñado y usado con fines políticos, el Derecho es principalmente una herramienta de ingeniería social manufacturada por sectores dominantes para promover y disponer el cambio en direcciones pre-determinadas, pero también es usado por sectores dominados o subalternos para oponerse a tales designios. Los análisis históricos del Derecho como construcción cultural destacan el rol dominante del Derecho y el rol del Derecho en procesos de liberación. De esta manera, el Derecho no está únicamente al servicio de proyectos políticos conservadores sino que también es un espacio para la resistencia.

## 6. Más allá del Pluralismo Legal: Poder, Colonialismo, Posmodernidad y Simbolismo

Si bien los estudios sobre el pluralismo jurídico permitieron descubrir al Derecho en convivencia con otros Derechos, este enfoque descuidó otros aspectos importantes para la comprensión de las múltiples dimensiones de los fenómenos jurídicos. Estas dimensiones fueron rescatadas por antropólogos interesados en el funcionamiento del Derecho en las sociedades coloniales. En estas aproximaciones históricas el Derecho era un actor fundamental en el devenir político-social. Posteriormente, durante los años noventa se desarrollaron teorías postmodernas que observaron al Derecho no sólo como un indicador de relaciones asimétricas sino también como un medio para la resistencia y, especialmente, como una manera particular de imaginar el mundo. Esta perspectiva se nutrió fundamentalmente de los estudios simbólicos sobre el Derecho, a los que agregó una comprensión dialéctica de las relaciones sociales en un mundo posmoderno. En esta sección ofrezco un panorama de estas aproximaciones al Derecho.

### 6.1 Colonialismo y Derecho

En «*Derecho y Colonialismo*»<sup>258</sup> Merry revisa la literatura más relevante sobre el Derecho y el Colonialismo. Este trabajo es interesante no solamente porque ofrece un amplio espectro de experiencias coloniales y de los diferentes roles que el Derecho jugó en las colonias, sino también porque resalta la importancia de la historia en los análisis sobre el Derecho e indica las líneas de exploración que se deberían seguir para entender cómo los gobiernos coloniales usaron el Derecho.

El colonialismo es definido como «*un ejemplo de un fenómeno más general de dominación*»<sup>259</sup>. Específicamente «*es la relación entre dos o más grupos de poder desigual en la que uno de ellos no sólo controla y gobierna al otro sino además se esfuerza por imponer su orden cultural al grupo subordinado*»<sup>260</sup>. En este contexto el Derecho es concebido de dos maneras: como una herramienta para modelar la cultura y sociedad de los dominados, pero que también puede ser apropiada por éstos. De hecho, «*la introducción del derecho colonial promueve transformaciones culturales, pero también establece los límites de esas transformaciones y provee las oportunidades para resistir a su control*»<sup>261</sup>. El Derecho Colonial fue más

sentido por los colonizados en la imposición de cortes que, como representaciones culturales, infundieron distintos significados a las prácticas e ideologías locales.

La contribución más importante de los trabajos que Merry analiza es la desmitificación del *derecho consuetudinario*. Este Derecho, que fue también denominado *indígena* en algunas sociedades post-coloniales<sup>262</sup>, «*fue un producto del período colonial, moldeado por los esfuerzos de las elites «nativas» modernizantes para crear un Derecho a tono con la nueva economía de mercado*»<sup>263</sup>.

A semejanza de Moore<sup>264</sup>, Merry piensa que los ordenamientos legales coloniales produjeron fundamentalmente *culturas*. Este aspecto productivo del Derecho es mencionado no sólo con respecto a las formas cómo los imperios coloniales construyeron el *derecho consuetudinario* sino también en referencia a la imposición de estructuras y de significados implícitos en los modelos legales occidentales. Este proceso no se da en un solo sentido sino que es básicamente dialéctico. Una muestra de este tipo de análisis es el trabajo de Fitzpatrick<sup>265</sup> quien mediante el concepto de *interlegalidad* trata de describir la «*cualidad porosa de las instituciones legales de nivel local: su receptividad a estructuras económicas y sociales mayores y, no obstante, su existencia como arenas sociales distintas*»<sup>266</sup>. Aunque en menor grado, en este artículo también se reportan las formas en que los colonizados usan los cambios legales para maximizar su poder.

Los estudios Marxistas exploran la contribución del Derecho a la expansión de la economía capitalista de los imperios coloniales. Muchos trabajos que usaron esta perspectiva estudiaron particularmente el rol del Derecho para crear y promover mercados de tierras y de trabajo en las colonias. Las relaciones entre los imperios coloniales y sus colonias no se dieron en el ámbito local sino dentro del sistema mundial. En este contexto, el Estado colonial estaba determinado a su vez por la economía política transnacional. El análisis Marxista del Derecho en las colonias también sostiene que el capitalismo es defectuoso y que no puede destruir completamente formas pre-existentes de Derecho ni sojuzgar la resistencia a la dominación. Por tal razón el Derecho en las arenas coloniales es un Derecho ambiguo porque que no sólo controla sino que además desafía este control colonial promoviendo la resistencia.

A propósito de su revisión bibliográfica, Merry devela las connotaciones políticas de la terminología académica: «*algunos hablan de transferencia, pluralismo, dualidad, relaciones asimétricas de poder y sistemas de control – términos que se concentran en la estructura y que están despojados de las dinámicas de poder. Otros sitúan su trabajo dentro de un análisis más explícito de poder y su articulación*

<sup>258</sup> MERRY, Sally E. *Law and colonialism*. En: *Law & Society review* N°22, 1991, pp. 869-896.

<sup>259</sup> *Ibid.*, p. 890.

<sup>260</sup> *Ibid.*, p. 894.

<sup>261</sup> *Ibid.*, p. 892.

<sup>262</sup> CHANOCK, Martín. *Law, custom and social order: the colonial experience in Malawi and Zambia*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

<sup>263</sup> MERRY, Sally E. *Law and colonialism*. En: *Law & Society review* N° 22, 1991, p. 893.

<sup>264</sup> MOORE, Sally F. *Social Facts and Fabrications: customary law in Kilimanjaro, 1880-1980*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

<sup>265</sup> FITZPATRICK, Peter. *The impossibility of popular justice*. En: MERRY y MILNER (editores) *The possibility of popular justice: a case study of community mediation in the United States*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1993, pp. 453-474.

<sup>266</sup> Citado en MERRY, Sally E. *Law and colonialism*. En: *Law & Society Review* N° 25, 1991, p. 906.

con el capitalismo»<sup>267</sup>. En cuanto a la metodología, Merry anota que se debe subjetivizar el análisis identificando a los administradores coloniales y preguntando de qué manera personas concretas contribuyeron a moldear las percepciones de los colonizados y a *racializar* estas poblaciones. Categorías como colonizados y colonizadores deben ser desagregadas para evitar que estos grupos sociales sean cosificados y esencializados. Si bien existían puntos comunes entre las sociedades colonizadas no puede afirmarse que conformaban un grupo homogéneo, más aún cuando la administración colonial contribuyó a desarrollar su heterogeneidad.

Un ejemplo de la literatura sobre Derecho y Colonialismo en África es el trabajo de Schapera<sup>268</sup>. En su libro titulado «Una guía del derecho y la costumbre Tswana», el autor recoge datos sobre el *derecho consuetudinario* sustantivo de los Tswana, clasificándolo de acuerdo a categorías legales occidentales. Inicialmente pensado como una guía para oficiales coloniales<sup>269</sup>, este trabajo fue llevado a cabo en vista de los crecientes cambios que afectaban al protectorado de Bechuanaland (actualmente Bostwana) y especialmente, las *leyes y costumbres antiguas* de las tribus africanas. Por ello el autor menciona las leyes y costumbres que estaban aún vigentes y las que ya habían sido abolidas por los jefes y otros agentes.

Schapera señala que no se deberían hacer generalizaciones cuando hablamos de Derecho en las colonias puesto que el nivel de interacción de cada *tribu* con fuerzas externas es distinto en cada caso. Él es consciente de que la intervención misionera desde mediados del siglo XIX, la administración colonial, la educación escolar, la imposición del trabajo migratorio y la facultad de los jefes para cambiar el Derecho, entre otros aspectos, habían modificado gradual pero certeramente el Derecho *tribal*. Por esta razón, el autor no intentó reconstruir la ley Tswana sino que describió el Derecho como él lo encontró, esto es, flexible, impredecible, y siempre cambiante.

El Derecho Tswana es definido por el autor como «cualquier norma de conducta que las cortes pueden poner en vigencia si, y cuando es invocada ante ellas»<sup>270</sup>. Ello implicaba una visión del Derecho como «un grupo [de normas] internamente coherente de acuerdo con el cual los Tswana siguen su vida diaria y resuelven cualquier conflicto que pueda surgir para alterar su curso»<sup>271</sup>. A pesar de que su aproximación se centraba en la norma, su descripción es tan detallada que es posible extraer información sobre la resistencia local a la intervención colonial<sup>272</sup>.

Aproximadamente treinta años después de publicado este trabajo, Comaroff y Roberts<sup>273</sup> presentan un nuevo análisis del universo

legal Tswana. No se identifican con la aproximación de Schapera que se centraba en la norma sino que optan por el paradigma procesal. Ellos afirman que la Antropología legal y política convergen únicamente en el terreno de la resolución de conflictos y por ello el aspecto procesal es fundamental en su análisis. La evidencia etnográfica les permite afirmar, en contra de lo sostenido por Schapera, que no existe un Derecho Tswana: «consideramos que no existe tal cosa como el «sistema legal Tswana»»<sup>274</sup>.

Las normas que encontraron al hacer su trabajo de campo no eran aplicadas dogmáticamente sino con cierta flexibilidad. En efecto, el proceso de disputa es el espacio donde ocurre la negociación de las normas, a su vez este proceso debe ser entendido dentro de la misma ideología Tswana. Para explicar esto los autores clasifican el universo Tswana en el *universo vivido al interior* y en el *orden constitutivo* de su sistema socio-cultural y, mediante el análisis de casos, descubren la relación dialéctica que existe entre ambos.

Los procesos analizados revelan la habilidad de las partes para evocar ciertas normas y discursos que definan el resultado del conflicto. No obstante, no todos los conflictos muestran el mismo patrón. El carácter dialéctico de ambos aspectos de la vida Tswana es evidente en la resolución de diferentes tipos de casos que determinan la preeminencia de la negociación (universo vivido al interior) o de la norma (el orden constitutivo), lo que demuestra que no sólo la ideología tiene influencia en las prácticas sociales sino que éstas también transforman y construyen la ideología. Finalmente, concluyen que *mekgwa le melao* (las normas Tswana) «representan una gramática simbólica en términos de la cual, la realidad es continuamente construida y manejada en el curso de la interacción y la confrontación cotidianas»<sup>275</sup>.

## 6.2. Derecho posmoderno

La versión moderna del Derecho es cuestionada por Santos quien presenta un concepto postmoderno del Derecho. En su libro «Hacia un nuevo sentido común. derecho, ciencia y política en una transición paradigmática»<sup>276</sup>, Santos desarrolla una aproximación teórica a la política de la ciencia y del Derecho. Desde una perspectiva postmoderna, el autor desafía los paradigmas modernos y los confina al pasado. Afirma que ya hemos superado el paradigma moderno y que estamos en el período de la transición paradigmática que nos llevará a la era posmoderna. Para demostrar que la modernidad está en crisis y que estamos en un tiempo de transición paradigmática, y para introducir los nuevos postulados de una comprensión postmoderna del Derecho, Santos presenta el concepto de *postmodernidad oposicional* mediante el cual contrasta un «mapa de prácticas emancipatorias» con el agotamiento de la emancipación en la época moderna<sup>277</sup>.

El paradigma de la modernidad tiene dos fundamentos: la emancipación y la regulación. La vigencia de este paradigma depende del equilibrio entre estos dos fundamentos, pero este equilibrio ya no es posible porque entró en crisis en la época moderna. Santos piensa –

<sup>267</sup> *Ibid.*, p. 918-919.

<sup>268</sup> SCHAPER, Isaac. A handbook of Tswana law and custom. New York: Oxford University Press, 1955.

<sup>269</sup> La mayor parte de la literatura colonial sobre los sistemas legales de los nativos tenía este propósito. Aunque no fue particularmente pensado como una guía para administradores coloniales, «Los sistemas judiciales y legales en África» (1962), editado por Allot, es un mapa de la jurisdicción legal colonial en el continente africano. El esquema del libro es, no obstante, congruente con los objetivos coloniales pues brinda información sucinta y apropiada sobre la organización jurisdiccional de África occidental, oriental y central.

<sup>270</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>271</sup> COMAROFF, John y ROBERTS, Simon. Op. Cit., p. 18.

<sup>272</sup> *Ibid.*, p. XVIII.

<sup>273</sup> COMAROFF, John y ROBERTS, Simon. Op. Cit.

<sup>274</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 247.

<sup>276</sup> SANTOS, Boa Ventura de Sousa. Toward a common sense: Law, science and politics in the paradigmatic transition. New York: Routledge, 1995.

<sup>277</sup> *Ibid.*, p. 5.



en un tono más bien Marxista- que el desarrollo del paradigma moderno fue el que causó su propia crisis, es decir, originó que las demandas por emancipación ya no sirvieran a su propósito sino que fueran absorbidas por la regulación<sup>278</sup>.

Básicamente Santos utiliza dos grandes paradigmas modernos, Estructuralismo y Marxismo, para cuestionar el paradigma de la ciencia moderna. Del primero toma la organización estructural en diadas, mientras que del segundo Santos toma el método dialéctico. Mediante el análisis de las relaciones entre dos y hasta tres elementos y su localización en espacios y un tiempos particulares, Santos traza un paralelo entre la ciencia y el Derecho posmodernos. La relevancia de su análisis de la ciencia para entender el Derecho se resume en su idea de que existe un isomorfismo entre el Derecho y la ciencia moderna.

La modernidad discrimina dos formas de conocimiento: el conocimiento como regulación que distingue el orden del caos; y el conocimiento como emancipación que distingue el colonialismo de la solidaridad. Santos tiene como objetivo invertir la carga valorativa de estas clasificaciones modernas y para ello, revalora el caos y la solidaridad como formas de conocimiento. Para Santos, la ciencia es occidental, capitalista y sexista. El paradigma emergente podría superar estas fallas al descartar la división anacrónica entre las ciencias positivas y anti-positivas. En consecuencia, el paradigma postmoderno debería incorporar recursos textuales, lúdicos, dramáticos, biográficos y retóricos, y debería rechazar una sola verdad universal.

Santos rechaza la idea Foucaultiana del poder difuso. Piensa que «*si el poder está en todos lados, no está en ninguno*»<sup>279</sup>. Esta preocupación que lo lleva a enfocar el poder en espacios y tiempos particulares, explica sus ideas acerca del estado y del Derecho. Históricamente el estado atraviesa un proceso que él divide en tres épocas. El primer período está caracterizado por el surgimiento del Positivismo, el segundo período representa la intrusión del Estado de bienestar en la sociedad civil, lo que hace difusos los bordes que separan la sociedad del Estado. El tercer período se caracteriza por la re-organización del capitalismo y un renacimiento de la *comunidad* que relegan al estado a una posición subalterna. Pero su conceptualización del Estado no es uniforme a lo largo del texto. Algunas veces el Estado es esa entidad monolítica similar a los tipos ideales de los que hablaba la teoría social<sup>280</sup> (como en su análisis del Pluralismo Legal). En otros momentos, sí admite evidencias de la fragmentación y la naturaleza contingente del Estado central<sup>281</sup> pero continúa pensando que el Estado es una esfera política central<sup>282</sup>.

<sup>278</sup> Esta tesis es similar a la afirmación de Foucault de que la resistencia sustenta la dominación. *Ibid.*, p. 477. Véase también CONSTABLE, Marianne. *A new conception of law?* En: *Law & Society Review* N° 29, 1995, pp. 593-597.

<sup>279</sup> SANTOS, Boa Ventura de Sousa. *Toward a common sense: Law, science and politics in the paradigmatic transition.* New York: Routledge, 1995, pp. 52, 406.

<sup>280</sup> Para una visión más realista del Derecho, véase PICCIOTO, Sol. *Fragmented states and international rules of law.* En: *Social & Legal Studies. An International Journal* N°6, 1997, pp. 259-279.

<sup>281</sup> SANTOS, Boa Ventura de Sousa. *Toward a common sense: Law, science and politics in the paradigmatic transition.* New York: Routledge, 1995, p. 377.

<sup>282</sup> Este tema es clave en la aproximación teórica de Santos, lo mismo que sus referencias a la teoría del sistema mundial, aunque es conocido que esta teoría ha sido cuestionada por su orientación occidentalista y su falta de atención a las relaciones de poder y a la estratificación existentes al interior de los países periféricos.

Santos concibe el Derecho «*como un cuerpo de procedimientos regulados y estándares normativos considerados justiciables en un grupo dado, que contribuye a la creación y prevención de conflictos, así como al arreglo de disputas mediante un discurso argumentativo y la amenaza de la fuerza*»<sup>283</sup>.

La retórica, la burocracia y la violencia constituyen los elementos estructurales del Derecho<sup>284</sup>. Las relaciones de poder entre los tres elementos mencionados son tipos de articulación que él clasifica como covariación, combinación geopolítica, e interpretación estructural. Con estos términos, el autor alude a las relaciones cuantitativas entre los elementos, su distribución interna y la imposición hegemónica de un elemento dominante sobre uno dominado. Para Santos, estas relaciones son exclusivas, esto es, cuando uno de estos elementos prevalece, los otros pierden su posición privilegiada.

En una interesante revisión del trabajo de Santos, Constable<sup>285</sup> aborda la tesis de Santos acerca de la subordinación de la emancipación en la crisis de la modernidad. La autora indica que «*si el derecho regulatorio moderno convierte la emancipación en regulación, entonces el derecho emergente amenaza —a pesar de las demandas de Santos— con convertir la regulación en emancipación*»<sup>286</sup>.

Aparentemente Santos se refiere a esta situación en su capítulo sobre globalización, estado-nación y el espacio legal. Allí Santos analiza la transnacionalización del estado y las demandas indígenas que visualiza como instancias de una «*pluralidad transnacionalizada, infra-estatal y legal*»<sup>287</sup>. Las demandas indígenas son una lección «*desde el sur acerca del sur*», la re-imaginación del pasado. Debido a que este autor ve a estas prácticas emancipatorias como los pilares de su imaginada era utópica y postmoderna, Santos instrumentalmente descontextualiza estas experiencias desplazándolas a un tiempo fuera del tiempo<sup>288</sup>.

Con todo el trabajo de Santos es monumental y plausible como un intento por abarcar una infinidad de sub-temas en una mega-teoría del Derecho; aunque ello sea problemático desde una perspectiva antropológica que valora principalmente la información etnográfica. En su trabajo, el Derecho es una excusa para levantar una serie de interrogantes de significado científico y político que, a pesar de su complejidad y extensión, constituye una sugerente invitación a explorar fenómenos legales.

### 6.3 Simbolismo y Derecho

En «*El derecho como una teoría social indígena: el caso Siamés de Tailandia*»<sup>289</sup>, O'Connor lleva el debate Gluckman-Bohannan al

<sup>283</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>284</sup> SANTOS, Boa Ventura de Sousa. *Law and community: the changing nature of state power in late capitalism.* En: ABEL, R. (editor) *The politics of informal justice*, Vol. 1 y Vol. 2. New York: Academic Press, 1982.

<sup>285</sup> CONSTABLE, Marianne. *Op. Cit.*

<sup>286</sup> *Ibid.*, p. 596.

<sup>287</sup> SANTOS, Boa Ventura de Sousa. *Toward a common sense. Law, science and politics in the paradigmatic transition.* New York: Routledge, p. 325.

<sup>288</sup> *Ibid.*, p. 479. Coombe le hace una crítica similar cuando cuestiona la operación que hace Santos al colocar al sujeto posmoderno en un espacio exterior (COOMBE, Rosemary J. *Finding and losing one's self in the topoi: Placing and displacing the postmodern subject in law.* En: *Law & Society Review* N° 29, 1995, pp. 599-608).

<sup>289</sup> O'CONNOR, Richard. *Law as indigenous social theory: a Siamese Thai case.* En: *American Ethnologist* N°8, 1981, pp. 223-237.

extremo. Al argumentar que el Derecho es una teoría indígena de la sociedad, el autor rechaza la brecha entre el sistema analítico y el sistema *folk* a los que Bohannon aludía y afirma que esta división no existe en la sociedad Tailandesa. El Derecho tailandés es, según O'Connor, un marco teórico indígena que puede ver el Derecho de manera diferente a la forma cómo las ciencias sociales de occidente lo ven. Debido a que los fundamentos del Derecho tailandés forman un sistema inclusivo que va desde lo general a lo particular, el cambio y la historia ocurren también al interior de este sistema; así las incongruencias que se presentan son resueltas dentro de la religión.

Aunque el autor es original al ligar el Derecho con la religión y el mito, su teoría presenta algunos problemas metodológicos y teóricos. Su aproximación estructural asume que el Derecho es un sistema simbólico auto-regulado y coherente. Ubica a los fundamentos legales Tailandeses en el reino del *deber ser*, lo cual es problemático cuando observamos al fenómeno legal en movimiento. La cosificación que hace O'Connor de las teorías de las ciencias sociales como opuestas a la teoría indígena es muy similar a las categorías *Gemeinschaft* y *Gesellschaft* con las que Tönnies clasificaba las sociedades orgánicas y mecánicas. En este intento el autor no sólo aísla a la sociedad Tailandesa del sistema mundial sino que la presenta como prístina, coherente, homogénea y ahistórica. A pesar de sus escasas referencias a la jerarquía social que caracteriza a la sociedad tailandesa, O'Connor describe a los tailandeses y a su Derecho como un todo singular y armónico.

Geertz<sup>290</sup> presenta una idea similar del Derecho. De hecho, su antropología interpretativa incentivó significativamente a O'Connor en su conceptualización del Derecho Tailandés. Geertz menciona que los intentos por mirar al Derecho usando categorías occidentales han fallado inevitablemente en el pasado. La corriente de la resolución de conflictos en la antropología del Derecho «*oscurece los asuntos [que] tuvieron que ver generalmente con lo constructivo como opuesto a las dimensiones reparativas o resolutorias del derecho*»<sup>291</sup>.

Según el autor, el Derecho es un marco de significados; no es represivo sino pro-activo. Más que un producto, el Derecho tiene protagonismo para producir. «*El derecho no absorbe solamente; el derecho define. No sólo corrige sino que hace posible. Aquello que define, los significados que divulga, son una fuerza importante al formar el comportamiento humano y darle sentido otorgándole significado, argumento y dirección*»<sup>292</sup>. Geertz coloca al Derecho «*dentro de la cultura*» que le impregna su fuerza creativa de manera específica en cada sociedad. Consecuentemente, el Derecho es un sistema de pensamiento.

Explorando el simbolismo de la palabra en un contexto colonial, Taussig<sup>293</sup> pone de manifiesto el proceso mediante el cual, la palabra como el Derecho se convierten en un producto, una mercancía que tiene un valor simbólico como lo tiene el fetiche. Al analizar la publicación de libros sobre la magia como producto de la mercantilización colonial, Taussig traza una metáfora con el Derecho: «*lo que, en*

*efecto, se obtiene mediante la compra de libros sobre magia es la magia de la palabra impresa, ya que la impresión ha adquirido este poder en el ejercicio de la dominación colonial con su fetichización de la impresión, tal como sucede en la Biblia y en el derecho*»<sup>294</sup>. El simbolismo de los ordenamientos legales escritos también ha sido señalado por otros científicos sociales cuando analizan el Derecho en sociedades occidentales. De hecho, los aspectos simbólicos del Derecho de occidente han sido explorados por académicos del Derecho como Fuller<sup>295</sup> y por antropólogos lingüistas como Mertz<sup>296</sup> y Brenneis<sup>297</sup>, entre otros.

El argumento de Fuller<sup>298</sup> se centra en el reino de las ficciones legales del Derecho moderno. Una ficción legal es «*un enunciado falso que tiene cierta utilidad*» con prescindencia de que su autor lo haya creído o no. «*Una ficción puede ser una presunción conveniente pero falsa*»<sup>299</sup>. El hecho de que sea una descripción inadecuada de la realidad hace que el enunciado sea una ficción. Fuller menciona como ejemplo la construcción legal de *personalidades corporativas* por la cual «un grupo de personas que forman una corporación es tratado, legal y extra-legalmente, como una «*unidad*», como «*personas naturales*» formando así parte de una «*clase*»»<sup>300</sup>. El uso de las *ficciones legales* en el idioma legal es, de acuerdo con el autor, inevitable. Pero esta imponderabilidad las transforma en recursos que son vistos como naturales. Siendo que la ley es un tipo de lenguaje, la eliminación de las ficciones legales -como la eliminación de las metáforas en el lenguaje- alteraría completamente el idioma legal.

Es interesante mencionar hasta qué punto el uso de metáforas en el idioma legal está ligado a un asunto de poder: «*la metáfora es el recurso tradicional de la persuasión. Elimine la metáfora del derecho y habrá reducido su poder para convencer y convertir*»<sup>301</sup>. La percepción común del Derecho como un idioma esotérico y mágico impide que el hombre lego impugne estos recursos. De esta manera, el poder del Derecho es reforzado: «*generalmente es más difícil decir que determinado enunciado es falso cuando se relaciona únicamente a los conceptos legales que cuando se relaciona a hechos extralegales*»<sup>302</sup>. Algunos trabajos recientes en antropología lingüística como el de Mertz<sup>303</sup> observan conexiones similares entre procesos lingüísticos y el Derecho: «*El derecho es, en efecto, el espacio de un acto poderoso de apropiación lingüística donde la traducción de las categorías cotidianas al idioma legal produce cambios poderosos*»<sup>304</sup>.

El idioma legal ha sido analizado desde dos perspectivas distintas. Por un lado, el lenguaje es entendido como la reflexión de la estructura social, y por el otro, es una herramienta usada para alcan-

<sup>290</sup> GEERTZ, Clifford. *Off echoes: some comments on anthropology and law*. En: POLAR N° 19, 1996, pp. 33-37

<sup>291</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>292</sup> *Ibid.*

<sup>293</sup> TAUSSIG, Michael. *Shamanism, colonialism and the wild man. A study in terror and healing*. Chicago: The University of Chicago Press, 1987.

<sup>294</sup> *Ibid.*, p. 262.

<sup>295</sup> FULLER, Lon L. *Legal Fictions*. California: Stanford University Press, 1967.

<sup>296</sup> MERTZ, Elizabeth. *Legal language: pragmatics, poetics, and social power*. En: *Annual Review of Anthropology*, Vol. 23, 1994, pp. 435-455.

<sup>297</sup> BRENNIS, Donald. *Speaking law, making difference*. En: POLAR N°19, 1996, pp. 117-123.

<sup>298</sup> FULLER, Lon L. *Op. Cit.*

<sup>299</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>300</sup> *Ibid.*, p. 13-14.

<sup>301</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>302</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>303</sup> MERTZ, Elizabeth. *Op. Cit.*

<sup>304</sup> *Ibid.*, p. 441.

zar fines particulares. El análisis instrumentalista analiza los usos del lenguaje «como un vehículo para la reproducción y controversia de las divisiones sociales existentes» y destaca «las fuentes sociales y la formación de desigualdades y resistencia»<sup>305</sup>. Sin embargo, también se le da al lenguaje cierta autonomía cuando modifica la realidad, o se le quita autonomía cuando los contextos de los usuarios determinan su estructura. El análisis de las epistemologías, las racionalidades culturales y las prerrogativas sociales que forman parte de los discursos legales está ligado al funcionamiento de la ideología. Para resumir, el lenguaje legal está siendo explorado como «socialmente creativo y constitutivo en la lucha por el poder al interior y por medio del derecho»<sup>306</sup>. El Derecho no es solamente un «espacio para la lucha», sino además para «la imposición de la hegemonía»<sup>307</sup>.

En su análisis del Derecho como discurso, Donald Brenneis<sup>308</sup> hace interesantes observaciones respecto a la fuerza del Derecho como un recurso lingüístico. El Derecho crea intereses diferentes y opuestos entre las personas y entre éstas y el estado. Señala que para entender el funcionamiento de los discursos legales, las condiciones sociales que favorecen y moldean el *hablar legal* de la gente debe ser parte del análisis. Considera que se deben explorar los patrones de cambio, así como las bondades de «un modelo de derecho realmente discursivo» para entender «de qué manera tales transformaciones están siendo negociadas y contestadas»<sup>309</sup>. Particularmente, se refiere al uso sincrético de los argumentos legales locales o indígenas y globales en la lucha por los derechos indígenas. En este proceso el tipo de audiencias a las que estos discursos se dirigen tiene un gran peso en la forma que se le da al discurso final.

Geertz<sup>310</sup> y Santos<sup>311</sup> conciben al Derecho como un imaginario social, un mapa para interpretar, distorsionar y simbolizar la realidad. Como tal, el Derecho puede ser analizado como una estructura de significados similar al mito, el ritual, la ideología, etc. porque transforma, impone, o refuerza valores, estatus, y ordenamientos sociales, económicos o políticos. Moore<sup>312</sup> explora los procesos legales como rituales. En la misma línea, Turner afirma que cuando un individuo o corporación observa un ritual legal, éste se encuentra «en un estado relativamente estable una vez más y, en virtud de ello, tiene derechos y obligaciones frente a otros... se espera que se comporte de acuerdo a ciertas normas consuetudinarias y estándares éticos ligados a los títulos de la posición social» que adquirió mediante el ritual<sup>313</sup>.

Con el ritual legal ocurre un cambio en los derechos del individuo que la decisión judicial hace público. De esta forma el Derecho cumple también una función pedagógica<sup>314</sup>. Una aproximación similar es

la de Fitzpatrick<sup>315</sup> quien sostiene que el Derecho moderno es esencialmente mítico: «el mito...es el terreno mudo que nos habilita a tener un derecho unificado y que agrupa las existencias contradictorias del Derecho en una coherencia modelada»<sup>316</sup>. Fitzpatrick señala que la mitología del Derecho moderno tiene un origen histórico en la Filosofía moderna.

Como hemos visto, las teorías que señalan los aspectos simbólicos del Derecho generalmente no se ocupan de los significados y usos políticos o sociales del Derecho. Al rescatar la coherencia interna de este sistema de símbolos, estas aproximaciones descuidan el análisis del poder, las diferencias entre ordenamientos sociales y sus interrelaciones. No obstante, algunos antropólogos lingüistas que abordaron el análisis del Derecho como un universo de símbolos no perdieron de vista su vinculación con las luchas sociales describiendo así un Derecho más bien dinámico y dialéctico.

## 7. Conclusión

Desde la segunda guerra mundial surgieron varias sub-disciplinas en la Antropología estado-unidense<sup>317</sup>. Una de estas sub-disciplinas fue la Antropología del Derecho. Por los años sesenta la antropóloga Laura Nader anunció que en la siguiente década estas sub-disciplinas probablemente buscarían unificarse alrededor de problemáticas más amplias por lo cual dejarían de ser funcionales y desaparecerían.

En una reciente reflexión sobre el tema, Collier<sup>318</sup> menciona las causas que contribuyeron al desvanecimiento de las sub-disciplinas de la Antropología en los Estados Unidos. En el caso específico de la antropología del Derecho, Collier explica que su tardía fundación en la década del sesenta no le permitió desarrollarse como las otras subdisciplinas. Unido a este factor, las aproximaciones holísticas surgidas durante los años setenta ya no se interesaban en el Derecho en sí sino en el uso que los individuos hacían del Derecho.

El interés por los estudios sobre el poder y la desigualdad social en la sociedad americana desplazó aún más a la antropología del Derecho. Por otro lado, la escasez de puestos de trabajo en Estados Unidos en aquella época llevó a los antropólogos a abandonar la especialización en áreas específicas por la búsqueda de una formación más holística que les permitieran ampliar sus opciones laborales. Finalmente, en la década de los ochenta las sub-disciplinas se fusionan definitivamente y los antropólogos ya no se concentran sólo en el Derecho sino que desarrollan intereses temáticos que incluyen al Derecho como un aspecto a ser examinado entre muchos otros<sup>319</sup>.

<sup>305</sup> Ibid., p. 437.

<sup>306</sup> Ibid., p. 447.

<sup>307</sup> Ibid.

<sup>308</sup> BRENNEIS, Donald. Op. Cit.

<sup>309</sup> Ibid., p. 118.

<sup>310</sup> GEERTZ, Clifford. *Local Knowledge: fact and law in comparative perspective*. En: *Local Knowledge*. New York: Basic Books, 1983, pp. 167-234.

<sup>311</sup> SANTOS, Boa Ventura de Sousa. *Law a map of misreading: Toward a postmodern conception of law*. En: *Law & Society* N° 14, 1987, pp. 279-302.

<sup>312</sup> MOORE, Sally F. *Social Facts and Fabrications: customary law in Kilimanjaro, 1880-1980*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

<sup>313</sup> TURNER, Victor. *The ritual Process*. Chicago: Aldine, 1969, p. 95.

<sup>314</sup> GRAMSCI, Antonio. Op. Cit.

<sup>315</sup> FITZPATRICK, Peter. *The mythology of modern law*. London & New York: Routledge, 1992.

<sup>316</sup> Ibid., p. 2.

<sup>317</sup> NADER, Laura. *Law in culture of Zapotec law cases*. En: NADER, Laura (editora) *Law in culture an society*. Chicago: Aldine Pub. Co., 1969, pp.69-91.

<sup>318</sup> COLLIER, Jane. *The waxing and waning of «subfields» in North American Sociocultural Anthropology*. En: GUPTA, Akhil y FERGUSON, James (editores) *Anthropological locations. Boundaries and grounds of a field science*. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1997, pp. 117-130.

<sup>319</sup> Véase los últimos números de PoLAR, la revista de la Asociación para la Antropología Legal y Política de la Asociación Americana de Antropología (EE.UU.).

Si bien la Antropología del Derecho ya no existe como una subdisciplina en la Antropología de los Estados Unidos, no podemos afirmar que el interés antropológico en el Derecho se haya extinguido totalmente. La complejidad de la realidad social reclama un imaginario antropológico que entienda al Derecho como parte de los procesos de cambio, de las imbricaciones, relaciones y transformaciones de los fenómenos sociales. Por otro lado, en América Latina existe un creciente interés por estudiar las variadas personalidades que el Derecho adquiere en los procesos globales que involucran a nuestros países<sup>320</sup>.

Merry analiza este interés de la antropología contemporánea por el Derecho en el artículo «*Antropología, Derecho y procesos transnacionales*»<sup>321</sup>. La autora observa cuatro nuevos aspectos en la antropología del Derecho de los años noventa: una mirada a escenarios nacionales y transnacionales, un énfasis en análisis culturales, un pluralismo legal reforzado y una «*atención creciente en el poder y en las formas cómo el derecho construye y de-construye relaciones de poder*»<sup>322</sup>.

La emergencia de estos temas da cuenta de la influencia de la antropología general en el desarrollo de la antropología del Derecho. Esta influencia ha tenido aspectos positivos y negativos pues por un lado ha permitido ligar al Derecho con otros aspectos de la realidad y entenderlo como parte de la sociedad y de la cultura, pero por otro lado ha transmitido a la antropología del Derecho sus mismos defectos: «*la antropología ha sido parte del problema al crear demarcaciones que siguen siendo usadas, a menudo de manera inadecuada. Palabras como dicotomía, contraste, demarcaciones y binario siguen siendo usadas*»<sup>323</sup>.

Debido a que su desarrollo ha sido alimentado por otras ciencias sociales, la Antropología del Derecho debería entenderse como un campo semi-autónomo. Al igual que el Derecho, la antropología del Derecho ha tenido «*una calidad porosa*»<sup>324</sup> que le permitió adoptar diferentes lecturas de fenómenos cada vez más complejos aún a costa de su propio ocaso como sub-disciplina. En la actualidad el estudio antropológico del Derecho ya no se concentra en las instituciones legales locales sino que busca entender las interconexiones entre los acontecimientos locales, nacionales, intra-nacionales y transnacionales.

En esta perspectiva teórica el individuo no está definitivamente determinado por la estructura social, pero tampoco es únicamente un agente del cambio social. De manera similar, el Derecho no es sólo la reflexión de la estructura social ni es una entidad autónoma y aislada. El Derecho es una construcción social que construye. Es un símbolo

pero también una herramienta. El Derecho no es sólo reactivo sino pro-activo. No sólo da cuenta de las desigualdades sociales sino también de la resistencia a estas desigualdades. Todas estas cualidades del Derecho, algunas veces contradictorias, se diseñan dentro de contextos históricos particulares que moldean y son moldeados no sólo por individuos sino también por culturas y naciones.

La influencia asimétrica que el orden social ejerce sobre los individuos nos informa que las relaciones sociales están muy lejos de ser pre-determinadas. Las consecuencias inesperadas de las políticas legales, de los discursos y de los recursos impuestos por ese orden dejan suficiente espacio para la resistencia. Las relaciones de poder a las que el Derecho sirve son enfrentadas por interpretaciones alternativas de ese mismo Derecho y/o por diversos ordenamientos legales. Este es el caso del discurso de los Derechos indígenas que ha adquirido recientemente un carácter transnacional y que viene siendo usado por diversos grupos indígenas en el mundo<sup>325</sup>. El nuevo orden mundial requiere una perspectiva más integral en los estudios del Derecho que considere a los «*ordenamientos legales [como] mutuamente constitutivos*». En suma, urge crear una perspectiva antropológica del Derecho que provea un «*marco conceptual más efectivo para entender el rol del derecho*» en espacios globales<sup>326</sup>.

## 8. Bibliografía

- ABEL, Richard, ed. *The politics of informal justice*. New York: Academic Press. 2 Vols, 1982.
- ABEL, Richard. «*The contradictions of informal justice*». En: *The politics of informal Justice*. Vol. 1, *The American experience*. R. Abel, editor. New York: Academic Press, 1982, pp. 267-320.
- ABEL, Richard. «*Introduction*». En: *The politics of informal Justice*. Vol. 1, *The American experience*. R. Abel, editor, New York: Academic Press, 1982, pp. 1-16.
- ABEL, Richard. «*Introduction*». En: *The politics of informal Justice*. Vol. 2, *Comparative Studies*. R. Abel, editor. New York: Academic Press, 1982, pp. 1-16.
- ADLER, Peter S. «*The future of Alternative Dispute Resolution: Reflections on ADR as a social movement*». En: *The possibility of popular justice: A study of community mediation in the United States*. Merry y Milner, editores, Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1993, pp. 67-88.
- ALLOT, A. N. *Judicial and legal systems in Africa*, A.N. Allot, editor. London: Butterworths, 1962.
- AVRUCH, Kevin y Peter W. BLACK. *ADR, Palau and the contribution of Anthropology*. En: *Anthropological contributions to conflict resolution*. Alvin W. Wolfe y Honggang Yang editores, Southern Anthropological Society Proceedings Nº 29. Athens & London: The University of Georgia Press, 1993.
- BARNES, John A.. «*History in a changing society*». En: *Journal of the Rhodes-Livingston Institute*, XI, 1951, pp. 1-9.
- BENDA BECKMANN, Franz von. *Anthropology and comparative law*. En: *Anthropology of law in the Netherlands*. K. Benda Beckmann y F. Stribosch, editores. Holland: Foris Publications, 1986, pp. 90-109.
- BENDA BECKMANN, Franz von, KEEBET von y Fons STRIJ-BOSCH, eds. *Anthropology of law in the Netherlands*. Holland: Foris Publications, 1986.

<sup>320</sup> Véase entre otros, Richard Chase Sardi y Esther Prieto en Paraguay, María Teresa Sierra y Rodolfo Stavenhagen en México, Nelly Arvelo-Jiménez en Venezuela, Manuela Carneiro Da Cunha en Brasil, Esther Sánchez en Colombia y Trazegnies, Ballón, Guevara Gil y otros en el Perú.

<sup>321</sup> MERRY, Sally E. *Anthropology, law and transnational processes*. En: *Annual Review of Anthropology*, Vol. 21, 1992, pp. 31-66.

<sup>322</sup> *Ibid.*, p. 360.

<sup>323</sup> NADER, Laura. *Introduction. Anthropological inquiry into boundaries, power and knowledge*. En: NADER, Laura (editora) *Naked Science. Anthropological Inquiry into Boundaries, power and knowledge*. New York & London: Routledge, 1996, p. 24.

<sup>324</sup> MERRY, Sally E. *Anthropology, law and transnational processes*. En: *Annual Review of Anthropology*, Vol. 21, 1992, p. 366.

<sup>325</sup> Merry (1996, 1997) denomina a este proceso *vernacularización legal*.

<sup>326</sup> *Ibid.*, p. 372.

- BENDA BECKMANN, Keebet von y Fons STRIJBOSCH. «Introduction» En: *Anthropology of law in the Netherlands*. K. Benda Beckmann y F. Strijbosch, editores. Holland: Foris Publications, 1986. pp. 1-10
- BERGH, van den G.C.J.J. «The concept of Folk Law in historical context: a brief outline» En: *Anthropology of law in the Netherlands*. K. Benda Beckmann y F. Strijbosch, editores. Holland: Foris Publications, 1986, pp 67-89.
- BOHANNAN, Paul. *Justice and judgment among the Tiv*. Illinois: Waveland Press, 1989 [1957].
- BOHANNAN, Paul. «The differing realms of the law» En: *Law and warfare. Studies in the anthropology of conflict*. P. Bohannan, editor. New York: The Natural History Press, 1967, pp. 43-58.
- BOURDIEU, Pierre. *Outline of a theory of practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1977.
- BOURDIEU, Pierre. «The force of law: toward a sociology of the juridical field». En: *The Hasting Law Journal*. Vol. 38(5), 1987, pp. 814-853.
- BRENNIS, Donald. «Speaking law, making difference» En: *PoLAR* 19(1), 1996, pp. 117-123.
- CAIN, M. «Gramsci, the state and the place of law» En: *Legality, ideology and the state*. D. Sugarman, editor. London: Academic Press, 1983, pp. 95-118.
- CHANOCK, Martin. *Law, custom and social order: the colonial experience in Malawi and Zambia*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- COLLIER, Jane. «Legal Processes» En: *Annual Review of Anthropology*, Vol. 4, 1975, pp. 121-144.
- COLLIER, Jane. «The waxing and waning of «subfields» in North American Sociocultural Anthropology» En: *Anthropological locations. Boundaries and grounds of a field science*. Akhil Gupta y James Ferguson, editores. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1997, pp. 117-130.
- COLSON, Elizabeth. *Tradition and contract. The problem of order*. Chicago: Aldine Publishing Company, 1974.
- COMAROFF, John y Simon ROBERTS. *Rules and processes. The cultural logic of dispute in an African context*. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1981.
- CONSTABLE, Marianne. «A new conception of law?» En: *Law & Society Review* 29 (4), 1995, pp. 593-597.
- COOMBE, Rosemary J. «Finding and losing one's self in the topoi: Placing and displacing the postmodern subject in law» En: *Law & Society Review* 29(4), 1995, pp. 599-608.
- DWYER, Daisy Hilse. «Substance and process: reappraising the premises of the anthropology of law.» En: *Law and Anthropology*. Aldershot, Hong Kong, Singapore and Sydney: Dartmouth, 1992 [1979]
- FITZPATRICK, Peter. *The mythology of modern law*. London & New York: Routledge, 1992.
- FITZPATRICK, Peter. «The impossibility of popular justice» En: *The possibility of popular justice: a case study of community mediation in the United States*. Merry y Milner, editores. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1993, pp. 453-474.
- FRIEDMAN, Lawrence M. *The Republic of Choice. Law, Authority and Culture*. Cambridge, MA.: Harvard University Press, 1990.
- FULLER, Chris. «Legal Anthropology, legal pluralism and legal thought» En: *Anthropology Today* 31, 1994, pp. 9-12.
- FULLER, Lon L. *Legal Fictions*. California: Stanford University Press, 1967.
- GALANTER, Mark. «Reading the landscape of disputes: what we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society» En: *UCLA Law Review* 31: 4, 1983.
- GHAI, Yash; Robin LUCKHAM y Francis SNYDER; eds. *The political economy of law: a third world reader*. New Delhi: Oxford University Press, 1987.
- GEERTZ, Clifford. «Local Knowledge: fact and law in comparative perspective» En: *Local Knowledge*. New York: Basic Books, 1983, pp. 167-234.
- GEERTZ, Clifford. «Off echoes: some comments on anthropology and law» En: *PoLAR* 19(2), 1996, pp. 33-37.
- GLUCKMAN, Max. *The judicial process among the Barotse of Northern Rhodesia*. Manchester, England: Manchester University Press, 1973[1955].
- GORDON, Colin, ed. *Power/knowledge. Selected interviews and older writings 1972-1977*. New York: Pantheon Books, 1980.
- GORDON, Robert W. «Law and ideology» En: *Tikkun* 3(1), 1988, pp. 14-18, 83-86.
- GORDON, Robert W. «New developments in legal theory» En: *The politics of law. A progressive critique*. New York: Pantheon Books, 1990[1982], pp. 413-425.
- GORDON, Robert y Mervyn J. MEGGITT. *Law and order in the New Guinea Highlands: Encounters with Enga*. Hanover, N.H.: University Press of New England, 1985.
- GREENHOUSE, Carol. «Teaching and unteaching with legal anthropology» En: *American Behavioral Scientist* 25(1), 1981, pp. 21-36.
- GREENHOUSE, Carol. *Praying for justice*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1986.
- GREENHOUSE, Carol. «Interpreting American litigiousness» En: *History and power in the study of law. New directions in Legal Anthropology*. J. Starr y J. Collier, editoras. Ithaca and London: Cornell University Press, 1989, pp. 252-276.
- GRIFFITHS, John. «Recent anthropology of law in the Netherlands and its historical background» En: *Anthropology of law in the Netherlands. Essays on legal pluralism*. K. Benda Beckmann y F. Strijbosch, editores. Holland: Foris Publications, 1986, pp. 11-66.
- GRIFFITHS, John. «What is legal pluralism?» En: *Journal of legal pluralism and unofficial law* 24, 1986, pp. 1-55.
- GRIFFITHS, John. «Legal pluralism and the theory of legislation – With special reference to the regulation of euthanasia» En: *Legal polycentricity: Consequences of pluralism in law*. Hanne Petersen y Henrik Zahle, editores. Holland: Dartmouth Publications Company, 1995, pp. 201-234.
- GUEVARA-GIL, Armando y Joseph THOME «Notes on legal pluralism» En: *Beyond law, stories of law and social change in Latin America and around the world*, 2(5), Colombia: ILSA, 1992, pp. 75-102.
- HANDLER, Joel F. «Postmodernism, protest, and the new social movements» En: *Law & Society Review* 26, 1992, pp. 697-720.
- HARRINGTON, Christine. «Community organizing through conflict resolution» En: *The possibility of popular justice: a case study of community mediation in the United States*. Merry y Milner, editores. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1993, pp. 401-434.
- GRAMSCI, Antonio. *Selections from the prison notebooks*. New York: International Publishers, 1971.

- HOEBEL, E. Adamson. *The law of primitive man. A study in comparative legal dynamics.* Cambridge, MA.: Harvard University Press, 1961.
- HOEBEL, E. Adamson. «Preface» En: *American Behavioral Scientist*, ABS, Vol. 25(1), 1981, pp. 7-10.
- HOLLEMAN, J. F. «*Trouble-cases and trouble-less cases in the study of customary law and legal reform*» En: *Anthropology of law in the Netherlands.* K. Benda Beckmann y F. Stribosch, editores. Holland: Foris Publications, 1986, pp. 110-131.
- HUNT, Allan y Gary WICKHAM. *Foucault and law: Towards a sociology of governance as governance.* London, Colorado: Pluto Press, 1994.
- IESTWAARD, Hellen F.P. «*The discourse of summary justice and the discourse of popular justice: an analysis of legal rhetoric in Argentina*» En: *The politics of informal justice.* Vol. 2, Comparative studies, R. Abel, editor. New York: Academic Press, 1982, pp. 149-182.
- JACKSON, Bernard S. *Making sense in jurisprudence.* United Kingdom: Deborah Carles Publications, 1996.
- KAIRYS, David. «Introduction» En: *The politics of law. A progressive critique.* David Kayris, editor. New York: Pantheon Books, 1990[1982], pp. 1-9.
- LANGE, Roel de. «*Divergence, fragmentation and pluralism. Notes on polycentricity and unity in law*» En: *Legal polycentricity: consequences of pluralism in law.* Hanne Petersen y Henrik Zahle, editores. Holland: Darnouth Publications Company, 1995, pp. 103-126.
- LLEWELLYN, K. Y E. A. HOEBEL. *The Cheyenne way. Conflict and case law in primitive jurisprudence.* Norman: University of Oklahoma Press, 1941.
- MAIR, Lucy P. *An introduction to Social Anthropology.* (segunda edición). Oxford: Clarendon Press, 1972.
- MERRY, Sally E. «*The social organization of mediation in nonindustrial societies: implications for informal justice in America*» En: *The politics of informal justice.* Vol. 2, Comparative studies. R. Abel, editor. New York: Academic Press, 1982, pp. 17-46.
- MERRY, Sally E. «*Legal pluralism*» En: *Law & Society review* 22(5), 1990, pp. 869-896.
- MERRY, Sally E. *Getting justice and getting even.* Chicago, Illinois: University of Chicago Press, 1990.
- MERRY, Sally E. «*Law and colonialism*» En: *Law & Society Review* 25(4), 1991, pp. 889-922.
- MERRY, Sally E. «*Anthropology, law and transnational processes*» En: *Annual Review of Anthropology*, Vol. 21, 1992, pp. 357-379.
- MERRY, Sally E. «*Sorting out popular justice*» En: *The possibility of popular justice: a case study of community mediation in the United States.* Merry y Milner, editores. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1993, pp. 31-66.
- MERRY, Sally E. «*Resistance and the cultural power of law*» En: *Law & Society Review*, 29(1), 1995, pp. 11-25.
- MERRY, Sally E. «*Legal vernacularization and Ka Ho'okolokoloni Kanaka Maoli. The people's International Tribunal, Hawaii 1993*» En: *PolAR*, Vol. 19: 1, 1996, pp. 67-82.
- MERRY, Sally E. «*Legal pluralism and transnational culture: The Ka Ho'okolokoloni Kanaka Maoli Tribunal, Hawaii, 1993.*» En: Richar Wilson, editor. *Human Rights, Culture and Context.* Pluto, 1997.
- MERRY, Sally E. Y Neal MILNER, eds. *The possibility of popular justice: a case study of community mediation in the United States.* Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1993.
- MERRY, Sally E. Y Neal MILNER. «*Introduction*» En: *The possibility of popular justice: a case study of community mediation in the United States.* Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1993, pp. 3-30.
- MERTZ, Elizabeth. «*Legal language: pragmatics, poetics, and social power*» En: *Annual Review of Anthropology*, Vol. 23, 1994, pp. 435-455.
- MESCHIEVITZ, Catherine y Marc GALANTER. «*In search of Nyaya Panchayats: The politics of a moribund institution*» En: *The politics of informal justice.* Vol. 2, Comparative studies, R. Abel, editor, New York: Academic Press, 1982, pp. 47-80.
- MOORE, Sally F. «*Comparative studies*» En: *Law in culture and society.* Laura Nader, editora. Chicago: Aldine Pub. Co., 1969, pp. 337-348.
- MOORE, Sally F. «*Law and anthropology*» En: *Biennial Review of Anthropology*, Bernard J. Siegel, editor. California: Stanford University Press, 1970, pp. 252-300.
- MOORE, Sally F. *Law as process. An anthropological approach.* London: Routledge and Kegan Paul, 1978.
- MOORE, Sally F. «*Legal systems of the world: an introductory guide to classifications, typological interpretations and bibliographical references*» En: *Law and the Social Sciences.* L. Lipson y S. Wheeler, editores. New York: Russel Sage Foundation, 1986, pp. 11-62.
- MOORE, Sally F. *Social Facts and Fabrications: customary law in Kilimanjaro, 1880-1980* Cambridge: Cambridge University Press, 1986.
- MOORE, Sally F. «*History and the redefinition of custom in Kilimanjaro*» En: *History and power in the study of law. New directions in legal anthropology.* J. Starr y J. Collier, editoras. Ithaca & London: Cornell University Press, 1989, pp. 277-301.
- MOORE, Sally F. Y Barbara G. MYERHOFF, eds. *Symbol and politics in communal ideology. Cases and questions.* Ithaca & London: Cornell University Press, 1975.
- NADER, Laura. «*The anthropological study of law*» En: *American Anthropologist*, Special Issue: *The Ethnology of Law.* Laura Nader, editora. 67(6), 1965, pp. 3-32.
- NADER, Laura. «*An analysis of Zapotec law cases*» En: *Law and Warfare. Studies in the anthropology of conflict.* Paul Bohannan, editor. New York: The Natural History Press, 1967, pp. 117-138.
- NADER, Laura. «*Law in culture and society: an introduction*» En: *Law in culture and society.* L. Nader, editora. Chicago: Aldine Pub. Co., 1969, pp. 69-91.
- NADER, Laura. «*Up the anthropologist: perspectives gained from studying up*» En: *Reinventing Anthropology.* D. Hymes, editor. New York: Pantheon Press, 1972, pp. 285-311.
- NADER, Laura. «*The crown, the colonists and the course of village law*» En: *History and power in the study of law.* J. Starr y J. Collier, editoras. Ithaca, New York: Cornell University Press, 1989, pp. 320-344.
- NADER, Laura. «*The ADR explosion: the implications of rhetoric in legal reform*» En: *Windsor Yearbook of Access to Justice.* Ontario: University of Windsor. Spring, 1989, pp. 269-291.
- NADER, Laura. *Harmony Ideology. Justice and control in a Zapotec mountain village.* California: Stanford University Press, 1990.
- NADER, Laura. «*Harmony models and the construction of law*» En: *Conflict resolution: cross-cultural perspectives.* K. Avruch, P. Black and J. Scimecca, editores. New York: Greenwood Press, 1991, pp. 41-59.

- NADER, Laura. «*When is popular justice popular?*» En: The possibility of popular justice: a case study of community mediation in the United States. Merry y Milner, editores. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1993, pp. 435-452.
- NADER, Laura. «*Introduction. Anthropological inquiry into boundaries, power, and knowledge*» En: Naked Science. Anthropological Inquiry into Boundaries, power, and knowledge. L. Nader, editora. New York & London: Routledge, 1996, pp. 1-28.
- NADER, Laura. «Cultural control» En: Encyclopedia of Cultural Anthropology. New York: Holt and Company, 1996, pp. 265-267.
- NADER, L. y H. TODD; eds. The disputing process: law in ten societies. New York: Columbia University Press, 1978.
- NADER, L. y Barbara YNGVENSSON. «*On studying the Ethnography of Law and its consequences*». En: John Honigmann, editor. Handbook of social and cultural anthropology. Chicago: Rand McNally, 1973.
- O'CONNOR, Richard. «*Law as Indigenous social theory: a Siamese Thai case*» En: American Ethnologist 8(2), 1981, pp. 223-237.
- ORTNER, Sherry B. «*Theory in anthropology since the sixties*» En: Comparative studies in society and history. 26(1), 1984, pp. 126-166.
- PETERSEN, Hanne. «*Reclaiming 'Juridical tact'? Observations and reflections on customs and informal law as (pluralist) sources of polycentric law*» En: Legal polycentricity: consequences of pluralism in law. Hanne Petersen y Henrik Zahle, editores. Holland: Darmouth Publications Company, 1995, pp. 171-184.
- PETERSEN, Hanne y Henrik ZAHLE, eds. Legal polycentricity: consequences of pluralism in law. Holland: Darmouth Publications Company, 1995.
- PICCIOTTO, Sol. «*Fragmented states and international rules of law*» En: Social & Legal Studies. An International Journal. 6(2), 1997, pp. 259-279.
- POSPISIL, Leopold. «*The attributes of law*» En: Law and warfare. Studies in the anthropology of conflict. P. Bohannan, editor. New York: The Natural History Press, 1967, pp. 25-42.
- POSPISIL, Leopold. Anthropology of Law. A comparative theory. New Haven: HRAF, 1974[1971].
- POSPISIL, Leopold. The ethnology of law. (segunda edición). New York: Cumming Pub. Co, 1978.
- RADCLIFFE-BROWN, A. R. Structure and function in primitive society. London: Cohen and West, 1952.
- REDFIELD, Robert. «*Primitive law*» En: Law and warfare. Studies in the Anthropology of conflict. P. Bohannan, editor. New York: The Natural History Press, 1967, pp. 3-24.
- SAND, Inger-Johanne, «*From the distinction between public law and private law – to legal categories of social and institutional differentiation in a pluralistic legal context*» En: Legal polycentricity: consequences of pluralism in law. Hanne Petersen y Henrik Zahle, editores. Holland: Darmouth Publications Company, 1995, pp. 85-102.
- SANTOS, Boa Ventura de Sousa. «*Law and community: the changing nature of state power in late capitalism*» En: The politics of informal justice. Vol. 1, The American experience. R. Abel, editor. New York: Academic Press, 1982, pp. 249-266.
- SANTOS, Boa Ventura de Sousa. «*Law and revolution in Portugal: the experiences of popular justice after the 25<sup>th</sup> of April 1974*» En: The politics of informal justice. Vol. 2, Comparative studies. R. Abel, editor. New York: Academic Press, 1982, pp. 251-280.
- SANTOS, Boa Ventura de Sousa. «*Law: a map of misreading; Toward a postmodern conception of law*» En: Law & Society 14, 1987, pp. 279-302.
- SANTOS, Boa Ventura de Sousa. Toward a common sense: Law, science and politics in the paradigmatic transition. New York: Routledge, 1995.
- SANTOS, Boa Ventura de Sousa. «*Three metaphors for a new conception of law: the Frontier, the Baroque, and the South*» En: Law & Society Review 29(4), 1995, pp. 569-584.
- SCHAPER, Isaac. A handbook of Tswana law and custom. New York: Oxford University Press, 1955.
- SINHA, Srya Prakash. «*Legal polycentricity*» En: Legal polycentricity: consequences of pluralism in law. Hanne Petersen y Henrik Zahle, editores. Holland: Darmouth Publications Company, 1995, pp. 31-70.
- SNYDER, Francis G. «*Colonialism and legal form: the creation of 'customary law' in Senegal*» En: Journal of legal pluralism and unofficial law 19, 1981, pp. 49-90.
- SPENCE, Jack. «*Institutionalizing neighborhood courts: two Chilean experiences*» En: The Politics of Informal Justice. Vol. 2, Comparative studies. R. Abel, editor. New York: Academic Press, 1982, pp. 215-250.
- SPERBER, Dan. On Anthropological Knowledge. Cambridge, MA.: Cambridge University Press, 1985.
- SPITZER, Steven. «*The dialectics of formal and informal control*» En: The politics of informal justice. Vol. 1, The American experience. R. Abel, editor. New York: Academic Press, 1982, pp. 167-206.
- STARR, June. Law as metaphor. From Islamic courts to the Palace of Justice. Albany: State University of New York Press, 1992.
- STARR, June y Jane COLLIER. «*Historical studies of legal change*» En: Current Anthropology 28(3), 1987, pp. 367-372.
- STARR, June y Jane COLLIER. «*Introduction: dialogues in Legal Anthropology*» En: History and power in the study of law. New directions in Legal Anthropology. June Starr y Jane Collier, editoras. Ithaca, New York: Cornell University Press, 1989, pp. 1-30.
- TAUSSIG, Michael. Shamanism, colonialism and the wild man. A study in terror and healing. Chicago: The University of Chicago Press, 1987
- TURKEL, Gerald. «*Michel Foucault: law, power and knowledge*» En: Journal of law and society 17(2), 1990, pp.170-193.
- TURNER, Victor. *The forest of symbols*. Ithaca, New York: Cornell University Press, 1967.
- TURNER, Victor. The Ritual Process. Chicago: Aldine, 1969.
- TRUBECK, David. «*The construction and deconstruction of a disputes-focused approach: an afterword*» En: Law & Society Review 15(3-4), 1980-198, pp. 727-747.
- VINCENT, Joanne. Anthropology and politics: visions, traditions, and trends. Tucson: University of Arizona Press, 1990
- WILSON, Richard A. «*Reconciliation and revenge in post-apartheid South Africa. Rethinking legal pluralism and human rights*». En: Current Anthropology 41: 1, 2000, pp. 75-87.
- WOLF, Eric. «*They divide and subdivide, and call it anthropology*». New York Times 30/11/80.
- WOLFE, Alvin y Honggang YANG. Anthropological contributions to conflict resolution. A. Wolfe y H. Yang, editores. Southern Anthropological Society Proceedings Nº 29. Georgia: The University of Georgia Press, 1996.

- WOODMAN, Gordon R. «*Some realism about customary law – The West African experience*» En: *Wisconsin Law Review* 128(1), 1969, pp.128-152.
- WOODMAN, Gordon R. «*Ideological combat and social observation. Recent debate about legal pluralism*» En: *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 42, 1998, pp. 21-59.
- YNGVESSON, Barbara. «*Local people, local problems and neighborhood justice. The discourse of «community» in San Francisco Community Boards*» En: *The possibility of popular justice: a case study of community mediation in the United States*. Merry y Milner, editores. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1993, pp. 379-400.
- ZAHLE, Henrik. «*The polycentricity of the law or the importance of legal pluralism for legal dogmatics*» En: *Legal polycentricity: consequences of pluralism in law*. Hanne Petersen y Henrik Zahle, editores. Holland: Dartmouth Publications Company, 1995, pp. 185-200.